

# **Twisteloven § 22-7, forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 611

Leveringsfrist: 26.04.2011

( \* regelverk for masteroppgave på:

[www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg\\_emnebeskrivelse\\_masteroppgaver\\_JUR5030\\_5060.html](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html))

Til sammen 16152 ord

26/04/2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1 INNLEDNING .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1 Tema og problemstilling .....	1
1.2 Oppgavens oppbygning.....	2
1.3 Begrensninger - EMK.....	2
1.4 Søk i rettskildene.....	3
1.5 Begrepsavklaring.....	4
1.5.1 Bevisføringsnormer og beviservervsnormer.....	4
<b><u>2 PRESENTASJON AV REGELEN.....</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1 Et unntak fra hovedregelen.....	5
2.2 Innholdet i regelen etter bestemmelsens ordlyd.....	6
2.2.1 Problemstilling.....	6
2.2.2 Utilbørlig.....	6
2.2.3 "Kan"-skjønn og ordlyden i tvisteloven § 22-7.....	9
2.2.4 Ordlyd og mulighet til å beregne egen rettsstilling.....	11
2.3 Hvilke deler av rettspraksis er relevant i forhold til tvisteloven § 22-7, og hvordan?.....	12
2.3.1 Oversikt over den tidligere ulovfestede retten.....	12
2.3.2 Redegjørelse i NOU 2001:32.....	17
2.3.3 Relevant rettspraksis som ikke nevnes i forarbeidene.....	20
2.4 Nyere rettspraksis.....	20
2.4.1 To sentrale avgjørelser.....	20
2.4.2 Sammenligning av drøftelsene i avgjørelsene Rt. 2007 s. 920 (Scancem) og Rt. 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør).....	25
2.5 Endres den ulovfestede rett ved tvisteloven § 22-7?.....	25

2.5.1 Forskjellene mellom foreslått ordlyd i NOU og endelig ordlyd .....	25
2.5.2 Utvidet adgang til å avskjære utilbørlig ervervede bevis?.....	28
2.5.3 Er vilkårene for å nekte beviset ført strammet inn?.....	30
<b>2.6 Oppsummering og konklusjon for punkt 2.....</b>	<b>33</b>
<b><u>3 NÆRMERE OM "KAN"-SKJØNNET.....</u></b>	<b><u>34</u></b>
<b>3.1 Problemstilling .....</b>	<b>34</b>
<b>3.2 Momenter til "kan"-skjønnnet.....</b>	<b>35</b>
3.2.1 Tre kategorier av momenter.....	35
3.2.2 Momenter som taler for at det utilbørlig ervervede bevis blir tillatt ført.....	36
3.2.3 Momenter som taler mot at utilbørlig ervervede bevis blir tillatt ført .....	37
3.2.4 Momenter som kan trekke i begge retninger.....	37
<b>3.3 Det preventive hensyn og "partens dilemma" .....</b>	<b>38</b>
<b>3.4 Partens dilemma for tre aktuelle sakstyper.....</b>	<b>40</b>
3.4.1 Barnefordelingssaker.....	40
3.4.2 Kontrolltiltak i arbeidslivet.....	43
3.4.3 Straffesaker.....	46
<b>3.5 Konklusjon for pkt. 3.....</b>	<b>48</b>
<b><u>4 LITTERATURLISTE.....</u></b>	<b><u>49</u></b>
<b>4.1 Litteratur.....</b>	<b>49</b>
<b>4.2 Offentlige publikasjoner.....</b>	<b>50</b>
<b>4.3 Doms- og kjennelsesregister.....</b>	<b>50</b>
4.3.1 Høyesterett, Høyesteretts kjæremålsutvalg og Høyesteretts ankeutvalg.....	50
4.3.2 Underrettsavgjørelser.....	51



# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven diskuterer tvisteloven § 22-7 i lys av tvistelovens forarbeider og rettspraksis, og drøfter hva slags vurdering en part som har valget mellom å få en sak mangelfullt belyst fra sin egen side eller erverve et bevis på en utilbørlig måte står ovenfor, og i hvilken grad en slik part har mulighet til å forutberegne sin rettsstilling med hensyn til å få beviset ført.

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) ble vedtatt 17. juni 2005, og trådte i kraft 1. januar 2008. § 22-7 i denne loven lovfester bevisforbudet som gir retten anledning til å avskjære bevis som er ervervet på en utilbørlig måte.

Bevisavskjæringsregelen om utilbørlig ervervede bevis har før tvisteloven blitt etablert som ulovfestet rett i rettspraksis. Med tvisteloven § 22-7 søkte man å videreføre, eller kodifisere denne ulovfestede retten.<sup>1</sup>

Reglene om bevisavskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis er etter norsk rett en toleddet vurdering. Det første leddet i vurderingen er om det omtvistede beviset er utilbørlig ervervet. Dette første leddet omtales i denne oppgaven vekselvis som "grunnvilkåret" for avskjæring, og "vurderingens første del".

Bare dersom retten kommer til at grunnvilkåret foreligger, vil retten gå over til vurderingens andre del. Vurderingens andre del består i en avveining av de konkrete forholdene i en sak, for å avgjøre om beviset skal tillates, eller nektes ført. Hensynet til sakens opplysning veies her opp mot hensynet til rettssikkerhet, eller personvern.<sup>2</sup>

Redegjørelsen hittil i denne innledningen tjener til å være et utgangspunkt og en rask innføring i bevisavskjæringsregelen for utilbørlig ervervede bevis.

---

<sup>1</sup> Mæland (2009) s. 166

<sup>2</sup> Robberstad (2009) s. 239

## 1.2 Oppgavens oppbygning

Oppgaven tar først for seg en diskusjon av tvisteloven § 22-7 i lys av bestemmelsens ordlyd, forarbeider og rettspraksis. Denne diskusjonen er å finne i oppgavens punkt 2. Et spørsmål i denne delen av oppgaven er også om den ulovfestede bevisavskjæringsregelen ble endret ved innføringen av tvisteloven § 22-7.

I punkt 3 drøftes vurderingens andre del, om det utilbørlig ervervede beviset skal tillates ført. Her gjøres det rede for noen relevante momenter for denne delen av vurderingen. Utfra disse momentene spørres det hva slags vurdering en part som har valget mellom å få en sak mangelfullt belyst fra sin egen side eller erverve et bevis på en utilbørlig måte står ovenfor. I tillegg er en problemstilling for oppgavens tredje del i hvilken grad en slik part har mulighet til å forutberegne sin rettsstilling med tanke på å få beviset ført.

## 1.3 Begrensninger - EMK

Innledningsvis vil jeg knytte noen bemerkninger til forholdet mellom tvisteloven § 22-7 og EMK. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg likevel ikke behandle dette temaet inngående.

Ifølge menneskerettsloven § 2 gjelder EMK som norsk lov. Etter samme lov § 3 går EMK ved motstrid foran bestemmelser i annen lovgivning, herunder tvisteloven § 22-7. Forholdet mellom EMK og bevisavskjæringsregelen om utilbørlig ervervede bevis omtales i NOU 2001:32 s. 961 og 962. Tvistemålsutvalget tar utgangspunkt i at bruk av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis potensielt vil kunne krenke retten til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 (1).

Utvalget gir uttrykk for at betydningen av artikkel 6 (1) likevel får liten selvstendig betydning som begrensning på dette området, fordi normen som har utviklet seg i norsk rett "synes å være vel så restriktiv". Menneskerettsdomstolen legger ifølge utvalget

tilsynelatende ikke samme vekt på personvern hensynene og synspunktet om fortsatt krenkelse som Høyesterett, men fokuserer mer på om krenkelsen har hatt reell betydning for bevisverdien, samt hensynet til kontradiksjon.

Skoghøy gjengir også Tvistemålsutvalgets syn, og støtter utvalgets syn på forholdet mellom EMK og norsk rett når det gjelder bevisavskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis.<sup>3</sup> Torgersen behandler rammene for bevisreglene som følger av EMK og EMD på sidene 69-79. På side 79 konkluderer Torgersen med følgende:

"Konvensjonsreglene er dermed utilstrekkelige som modell for nasjonale regler med sikte på fastleggingen av den nærmere terskelen for bevisforbud. I hvilken grad ulovlig erverv skal medføre bevisforbud, bør således vurderes på fritt, nasjonalt grunnlag - men selvsagt innenfor konvensjonens minimumsrammer."

Rammene for hvilke regler som kan gis for utilbørlig eller ulovlig ervervede bevis er altså vide etter EMK, men må riktignok være innenfor minimumsrammene, ifølge Torgersen. Denne oppgavens hoveddel vil dreie seg om reglene slik de er å forstå etter andre rettskilder enn EMK.

#### 1.4 Søk i rettskildene

Følgende søk har blitt gjort i rettspraksis på Lovdata i forbindelse med denne oppgaven:

Søk 1: I base: "LRA TRA", emne 1: "utilbørlig\* ervervet\*" emne 2: "bevis\*". Søket ble gjort 10. mars, og gjentatt 15. april 2011. Begge ganger ga søket 3 treff.

Søk 2: I base "LRA TRA", emne 1: "ulovlig\* ervervet\*" emne 2: "bevis\*". Søket ble først gjort 10 mars, da ga søket 53 treff. Da søket ble gjentatt 15. april, ble 57 treff funnet.

Søk 3: I base "LRA TRA", emne 1: "ulovlig\* ervervet\*" emne 2: "bevis\*" dato: "2008\* , 2009\* , 2010\* , 2011\*" Søket ga 10 treff 15. april 2011.

---

<sup>3</sup> Skoghøy (2010) s. 755



Søk 4: I base "LRA TRA", emne 1: "utilbørlig\*" emne 2: "ervert\*" emne 3: "bevis\*". 169 treff funnet ved søk gjort 15. april. Mange av treffene funnet ved dette søket gjalt andre tema enn temaet for denne oppgaven.

Søk 5: I base "LRA TRA", emne 1: "utilbørlig\*" emne 2: "bevis\*" emne 3: "sivilprosess\*". Søket ga 15. april 2011 54 treff.

De søkene som er gjort i underrettene, er også gjort i databasen for alle avgjørelser i Høyesterett, ankeutvalget og kjæremålsutvalget (base: "HRA"). Ved søk 16. april ga søkene følgende antall treff: Søk 1, (emne 1: "utilbørlig\* ervert\*" emne 2: "bevis\*") ga 3 treff. Søk 2 (emne 1: "ulovlig\* ervert\*" emne 2: "bevis\*") ga 26 treff. Søk 3 ("ulovlig\* ervert\*" emne 2: "bevis\*" dato: "2008\* , 2009\* , 2010\* , 2011\*") ga 4 treff. Søk 4 ( emne 1: "utilbørlig\*" emne 2: "ervert\*" emne 3: "bevis\*") ga 51 treff. Søk 5 (emne 1: "utilbørlig\*" emne 2: "bevis\*" emne 3: "sivilprosess\*") ga 26 treff.

Øvrige søk gjort i forbindelse med denne oppgaven er gjort rede for fortløpende i teksten.

## 1.5 Begrepsavklaring

### 1.5.1 Bevisføringsnormer og beviservertsnormer

Begrepsparet beviservertsnormer og bevisføringsnormer benyttes av Runar Torgersen i hans avhandling "Ulovlig beviservert og bevisforbud". Torgersen forklarer at han med begrepet "beviservertsnorm" sikter til "en rettslig norm som regulerer grensene for lovlig beviservert".<sup>4</sup> Beviservertsnormene knytter seg dermed til de handlingene som gjøres for å skaffe til veie et bevis, og Torgersen skiller mellom pliktnormene og kompetansenormene. Under pliktnormene hører en rekke generelle forbud som begrenser handlefriheten i sin alminnelighet til, og dermed også adgangen til å ervert bevis. Kompetansenormene åpner for en rekke unntak fra generelle forbud gjennom tillatelser. Et brudd på

---

<sup>4</sup> Torgersen (2009) s. 6

beviservervsnormene er en forutsetning for at et bevis kan avskjæres grunnet en utilbørlig ervervsmåte.

Med "bevisføringsnormer" forstår jeg i denne oppgaven de normer som tematiserer bevisføringen selv. Det finnes flere bevisforbud i norsk rett som bygger på ulike bevisføringsnormer. Som eksempel kan tvisteloven § 22-1 nevnes, bevisforbud om opplysninger av betydning for rikets sikkerhet eller forholdet til fremmed stat. En grunn til at slike opplysninger ikke kan føres som bevis, er at opplysningene da gjøres kjent, og at dette igjen vil kunne ha skadelige konsekvenser. Skadevirkningene av dette veies tyngre enn hensynet til sakens opplysning i disse tilfellene.

## **2 Presentasjon av regelen**

### **2.1 Et unntak fra hovedregelen**

Bevisreglene i norsk rett bygger på prinsippet om fri bevisføring. Bevisfriheten slås fast i tvisteloven § 21-3 (1), der det står at partene har rett til å føre de bevis de ønsker. Bevisfriheten er et "selvfølgelig" utgangspunkt for en forsvarlig sivil rettergang ifølge paragrafens forarbeider.<sup>5</sup> Partene skal få presentere det bevismateriale de mener støtter opp om deres sak, heter det videre. Prinsippet om fri bevisføring støtter opp om den nødvendige opplysningen av saken. God opplysning av saken vil også være en forutsetning for at domstolen skal kunne fatte en avgjørelse på et riktig grunnlag. Etter Tvistemålsutvalgets utredelse i NOU 2001:32 skal det "foreligge tungtveiende grunner for å innskrenke denne retten".<sup>6</sup>

Ikke desto mindre nevnes en rekke unntaksregler eksplisitt i § 21-3 (1), herunder de alminnelige begrensninger i retten til å føre bevis etter tvisteloven § 21-7, begrensninger

---

<sup>5</sup> NOU 2001:32 s. 945

<sup>6</sup> l.c.

utfra proporsjonalitet i § 21-8 samt bevisfritaksreglene og bevisforbudene som følger av kapittel 22 i tvisteloven. Avslutningsvis gir § 21-3 (1) en åpning for at også andre bevisregler i samme lov vil kunne begrense retten til fri bevisføring.

Slik retten til fri bevisføring er formulert i § 21-3 (1) kan den gi et inntrykk av at begrensninger av retten til fri bevisføring nødvendigvis må være lovfestet i tvisteloven. En slik tolkning gir lovens forarbeider ikke støtte til. Som det fremgår av NOU 2001:32 s 962 kan det ikke utelukkes at andre bevisforbud eller bevisfritak "i helt eksepsjonelle tilfeller kan tenkes etablert, og da på ulovfestet grunnlag". Utover utvalgets uttalelser kan det kanskje også tenkes at bevisforbud kan etableres eller følge av annen lovgivning.

## 2.2 Innholdet i regelen etter bestemmelsens ordlyd

### 2.2.1 Problemstilling

Problemstillingen i det neste er hvordan ordlyden i tvisteloven § 22-7 bør forstås.

Utgangspunktet er forskjellige begrunnede forståelser av ordlyden, og disse vil bli satt opp mot presiseringer i forarbeider og rettspraksis.

### 2.2.2 Utilbørlig

Tvisteloven § 22-7 gir domstolen kompetanse til å avskjære bevis som er ervervet på en utilbørlig måte. Bestemmelsen lyder som følger:

"Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte."

Paragrafens ordlyd angir som omtalt i innledningen en toleddet vurdering av om bevis skal avskjæres. Det første leddet i vurderingen er om grunnvilkåret for bevisavskjæringen er

oppfylt. Grunnvilkåret er at beviset er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte. Ordet "utilbørlig" har ingen klar og utvetydig betydning etter alminnelig språkforståelse. Hov omtaler "utilbørlig" som et svært skjønnsmessig uttrykk.<sup>7</sup> Det kan hevdes at ordet er synonymt med upassende, uriktig eller urimelig.<sup>8</sup> Schei m. fl. hevder at det i "utilbørlig" ligger at "opplysningen er skaffet til veie ved et middel som bedømmes som uakseptabelt fordi det bryter med rettsord[en]ens adferdsnormer".<sup>9</sup>

I rettspraksis knyttet til den tidligere ulovfestede bevisavskjæringsregelen ved utilbørlig ervervet bevis ble som hovedregel begrepet "ulovlig" benyttet, men ikke utelukkende. Eksempelvis var grunnvilkåret angitt som "ulovlig" i Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning I). I Rt. 1997 s. 795 (Lydbånd) er det tilstrekkelig at en type lydbåndopptak kan være "illojale og støtende" (s.796). Rettspraksis før loven åpnet dermed for å avskjære bevis på dette grunnlag på tross av at beviservervet ikke ble rammet av noen lovfestet regel. Etter lovens forarbeider er valget av begrepet "utilbørlig" valgt bevisst utfra at rettspraksis ikke har lagt avgjørende vekt på at beviset er ervervet ved brudd på en lovregel.<sup>10</sup>

Et spørsmålet etter dette er om begrepet "utilbørlig" er videre enn, og omfatter, begrepet "ulovlig", eller om de to må forstås som alternative grunnvilkår. Schei m. fl. synes å komme til konklusjonen at ulovlig og utilbørlig er alternative vilkår, og begrunner dette med forarbeidenes forutsetning om at tvl § 22-7 er en videreføring av det ulovfestede bevisforbudet. "Det ulovfestede bevisforbudet gjelder etter sikker rettspraksis ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, slik at karakteren og graden av lovbruddet vil bli vektlagt ved interesseavveiningen i trinn to", hevdes det, og i den forbindelse viser Schei m. fl. til en rekke avgjørelser som ble fattet på det tidligere, ulovfestede grunnlag for å bygge opp under dette synspunktet.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Hov (2010) s. 778

<sup>8</sup> Jf søk i bokmålsordboka på [www.sprakrad.no](http://www.sprakrad.no), søkeord: "utilbørlig"

<sup>9</sup> Schei m. fl. (2011) § 22-7 pkt. 2

<sup>10</sup> NOU 2001:32 s. 961

<sup>11</sup> Schei m. fl. (2011) § 22-7 pkt. 2

Torgersen drøfter begrepet "ulovlig", i sammenheng med beviserverv.<sup>12</sup> Han forstår begrepet "ulovlig ervervet bevis" som at grunnvilkåret for bevisavskjæring etter regelen er at en beviservervsnorm er overtrådt.

Torgersen foretrekker å bruke begrepet "ulovlig" ervervet, fremfor tvistelovens løsning, "utilbørlig" ervervet. Begrunnelsen for valget er at begrepet "ulovlig" klargjør at beviservervet må være rettsstridig, noe som etter hans syn ikke kommer klart frem dersom vilkåret er "utilbørlig".<sup>13</sup> Torgersen leser tvistemålsutvalgets uttalelser om valget av begrepet "utilbørlig" dithen at begrepet velges av bekymring for at begrepet "ulovlig" kan misforstås i den retning av at det kreves brudd på formell lov for at grunnvilkåret skal oppfylles. "Ulovlig" er i alminnelighet ikke forstått på den måten, hevder Torgersen videre, "ulovlig" kan også være "ulovlig" i henhold til for eksempel ulovfestet rett.

Ved å velge "ulovlig" som grunnvilkår for bevisavskjæring blir det tydelig at det ikke er tilstrekkelig at et beviserverv er kritikkverdig for at grunnvilkåret skal være oppfylt. En beviservervsnorm må være overtrådt for at dette vilkåret skal foreligge. Torgersen velger bort begrepet "utilbørlig" blant annet fordi begrepet "utilbørlig" kan skape usikkerhet i forhold til om det virkelig kreves at en beviservervsnorm er overtrådt.<sup>14</sup>

Torgersens valg av begrepet "ulovlig" fremfor tvistelovens ordlyd, "utilbørlig" kan det rettes noen innvendinger mot. Selv hevder han at det uheldige med utilbørighetstermen klart kommer frem når Tvistemålsutvalget "fremholder at "det ikke nødvendigvis [vil] bli ansett utilbørlig om beviset er opptatt ved krenkelse av rent formelle regler som ikke har hatt betydning for bevisverdien"". <sup>15</sup> Torgersen hevder at utilbørighetstermen her bidrar til å tilsløre sammenhengen mellom de to vurderingene etter bevisavskjæringsregelen, hvor grunnvilkåret bør kunne skilles fra de ulike avveiningsmomenter av betydning for bevisforbudsspørsmålet.

Ulovlighetstermen som grunnvilkår for bevisavskjæring kan også sies å ha sine begrensninger. Som Torgersens sitat fra Tvistemålsutvalget viser, har en annen side ved valget av "utilbørlig" som term vært at ikke alle brudd på rent formelle regler nødvendigvis

---

<sup>12</sup> Torgersen s. 5 til 8

<sup>13</sup> Torgersen s. 9

<sup>14</sup> Torgersen s. 11

<sup>15</sup> NOU 2001:32 s. 961

oppfyller grunnvilkåret. Torgersens drøftelse av ulovlighetsbegrepet i denne sammenheng gjøres utfra en analyse av de forskjellige former for beviservervsnormer, hvor det skilles mellom pliktnormer og kompetansenormer.<sup>16</sup> Blant pliktnormene finner man de typiske begrensninger i handlefriheten, som dermed også setter begrensninger for beviserverv. Kompetansenormene, på den andre siden, åpner for å gjøre unntak fra de generelle forbud gjennom tillatelser. Etter dette blir Torgersens resonnement noe komplisert å følge, men det nederste avsnittet på side 6 i hans avhandling forstår jeg dithen at kompetansenormene ikke logisk sett kan sies å brytes, men at han likevel velger å forstå beviserverv gjennom dette som ulovlig beviserverv.

Forholdet mellom Torgersens ulovlighetsterm og bevisene som etter Tvistemålsutvalgets syn ikke er utilbørlig ervervet selv om rent formelle regler er overtrådt klargjøres dermed ikke spesielt i det nevnte avsnitt. Dersom synspunktet her er at beviservervsnormene ikke er overtrådt dersom bevis erverves ved krenkelse av rent formelle regler, vil valget av ulovlighetstermen kunne sies å være uheldig. Brudd på beviservervsnormer vil, hvis jeg forstår Torgersen rett, innebære et ulovlig beviserverv. Etter NOU 2001:32 vil krenkelse av formelle regler ved beviservervet i noen tilfeller verken innebære brudd på ervervsnormene eller være et "ulovlig" beviserverv.

Kanskje vil det være langt å trekke dette poenget å påstå at et slik valg av ord på de omtalte beviservervsnormer vil innebære en uthuling av begrepet "ulovlig", men begrepet passer ikke helt på de beviservervsnormer som skisseres i NOU 2001:32. Begrepet valgt av Tvistemålsutvalget, og senere bekreftet av departementet er da også "utilbørlig".

### 2.2.3 "Kan"-skjønnets og ordlyden i tvisteloven § 22-7

I det følgende er problemstillingen hvordan "kan"-skjønnets konkret kan forstås etter ordlyden i tvisteloven § 22-7. Ordlyden blir drøftet opp mot rettspraksis.

Er først grunnvilkåret om at beviset er ervervet på utilbørlig måte oppfylt, blir altså spørsmålet i neste vurdering om retten skal avskjære beviset. Regelformuleringen i tvl. §

---

<sup>16</sup> Torgersen (2009) s. 6

22-7 er slik: "Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis". Leses denne delen av paragrafen uten henblikk på lovens forarbeider, får man lett inntrykket av at bevis som er skaffet på utilbørlig måte, kun unntaksvis bør avskjæres, grunnet formuleringen "i særlige tilfeller". Dette står i motsetning til hva Tvistemålsutvalget fastslår om betydningen av ordene "i særlige tilfeller" her.<sup>17</sup> Ifølge NOU 2001:32 er denne formuleringen ment å være en markør for at tvl § 22-7 er en "unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde".

Den mest nærliggende betydningen av formuleringen "i særlige tilfeller" blir dermed at dette gir en anvisning på en egen vurdering, om retten i den enkelte sak virkelig står ovenfor et "særlig" tilfelle. Formuleringen er med på å forsterke regelens preg av å være en snever unntaksbestemmelse.

Videre er andre trinn i vurderingen etter tvl § 22-7 formulert slik at hovedregelen ved oppfylt grunnvilkår er at beviset kan føres for retten. Dette fremgår dersom man leser ordene "i særlige tilfeller" kun som en markør for at regelen som helhet er en snever unntaksbestemmelse slik NOU 2001:32 slår fast. Tar man et slikt utgangspunkt, blir regelen om bevisavskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis harmonisk med forarbeidenes forutsetninger om at det skal "tungtveiende grunner" til for å begrense retten til fri bevisføring etter tvl § 21-3 (1).<sup>18</sup>

Som det senere vil bli drøftet mer inngående, er et av hovedformålene med tvl § 22-7 å "videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger",<sup>19</sup> jf. Ot. prp. 51 (2004-2005) der departementet velger følgende formulering: "Paragrafen kodifiserer en ulovfestet regel om rettens adgang til i særlige tilfeller å avskjære bevis som er ervervet på en ulovlig måte".<sup>20</sup> Når det gjelder vurderingens andre del, ser man at formuleringen i flere avgjørelser er en annen i rettspraksis enn i ordlyden i tvisteloven § 22-7. For eksempel oppstilles lovens spørsmålsstilling, om beviset skal nektes ført i Rt 2001 s. 668 (Videoovervåking II), Rt. 2003 s. 549 og Rt. 2004 s. 858.

---

<sup>17</sup> NOU 2001:32 s. 961

<sup>18</sup> NOU 2001:32 s. 945

<sup>19</sup> NOU 2001:32 s. 961

<sup>20</sup> Ot. prp 51 s. 459

I motsetning til disse avgjørelsene, stilles spørsmålet om det utilbørlig eller ulovlig ervervede beviset skal tillates ført i Rt 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent). En slik spørsmålsstilling synes å forutsette at hovedregelen ved oppfylt grunnvilkår er at beviset blir avskåret, men rettspraksis gir få klare holdepunkter for å hevde at spørsmålsformuleringen her er styrende for vurderingens andre trinn. Vurderingen kan tvert imot hevdes å være åpen, og uten noe klart utgangspunkt den ene eller andre veien. Dette kan man også trekke ut av nevnte praksis, utfra at den ene formuleringen ikke klart foretrekkes fremfor den andre, men at man i rettspraksis heller velger å variere hvordan man formulerer spørsmålsstillingen.

Med tvisteloven ble formuleringen "retten kan (...) nekte føring av bevis" valgt. Formuleringen kan tolkes i retning av at den angir at hovedregelen, og utgangspunktet for vurderingen er at utilbørlig ervervede bevis må tillates ført. Verken rettspraksis fra før tvistelovens ikrafttredelse eller NOU 2001:32 gir etter mitt syn støtte til en slik tolkning. Jeg tar her utgangspunkt i at vurderingen er åpen.

#### 2.2.4 Ordlyd og mulighet til å beregne egen rettsstilling

Ordlyden i tvisteloven § 22-7 kan altså tolkes forskjellig, utfra om man ser hen til andre rettskilder enn lovteksten eller ikke. Det kan hevdes at dette gjør det vanskelig for ikke-jurister eller ikke-profesjonelle aktører å forutberegne sin rettsstilling i forhold til denne bevisavskjæringsregelen. I saker der mange ikke-jurister eller ikke-profesjonelle har behov for å sette seg inn i rettstilstanden, kan det bli lagt avgjørende vekt på regelen en bestemmelses ordlyd gir uttrykk for, fremfor regelen slik den kommer til uttrykk holdt sammen med forarbeider eller rettspraksis.

Et eksempel som kan nevnes her finnes i Rt. 2008 s. 1263 (Rettsferie). Spørsmålet i kjennelsen er om ankefristen løper i rettsferien. Etter ordlyden i domstolloven § 140 andre ledd skal frister for å avverge fraværsavgjørelser ikke løpe i rettsferiene, mens etter tvistelovens forarbeider har man på dette punktet ikke tilsiktet å endre reglene slik at de samme fristene ikke skal løpe i rettsferiene. Høyesteretts ankeutvalg legger avgjørende vekt



på at ikke-profesjonelle skal kunne utlede regelen direkte av lovteksten, og uttaler: "Det er her tale om sentrale reglar både for profesjonelle og ikkje-profesjonelle brukarar, der det er avgjerande at reglane kan fastslåast gjennom å lese lovteksten og ikkje gå inn på lovførearbeid eller rettspraksis".<sup>21</sup>

I motsetning til reglene om ankefrister i domstolloven, gir tvisteloven § 22-7 anvisning på en skjønnsmessig avveining, men ordlyden selv gir, som drøftet over, liten veiledning på hvordan avveiningen skal gjøres. De føringene på avveiningen som ordlyden kan tolkes til å gi, nærmere bestemt ordene "i særlige tilfeller", får en annen betydning hvis man tolker bestemmelsen utfra forarbeidene.

Med dette blir tvisteloven § 22-7 en vanskelig tilgjengelig regel for andre enn jurister og profesjonelle å sette seg godt inn i, og som en følge av dette blir det vanskelig for de samme gruppene å beregne sin egen rettsstilling i forhold til regelen. Dermed skulle man også tro at retten i mindre grad vil legge vekt på hvordan avgjørelsene påvirker folks adferd, for eksempel motvirkning av spesielle typer beviserverv. Det finnes imidlertid rettspraksis fra før tvisteloven trådte i kraft, der dette hensyn, sammen med forholdene ellers i en sak, har fått stor vekt, jf. Rt. 1997 s. 795 (Lydbånd).

Ifølge NOU 2001:32 er et formål med tvisteloven § 22-7 å videreføre den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen ved ulovlig eller utilbørlig beviserverv. I det følgende skal det redegjøres for innholdet i den relevante ulovfestede retten.

## 2.3 Hvilke deler av rettspraksis er relevant i forhold til tvisteloven § 22-7, og hvordan?

### 2.3.1 Oversikt over den tidligere ulovfestede retten

I dette punktet vil jeg redegjøre for den rettspraksis som ga grunnlag for den ulovfestede retten som er søkt videreført med tvisteloven § 22-7. Først vil jeg presentere de avgjørelsene fra Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg som har endt med at bevis

---

<sup>21</sup> Rt 2008 s. 1263 (Rettsferie) avsnitt 17

har blitt avskåret grunnet utilbørlig ervervet bevis, sammen med avgjørelsene der bevis i underretten ikke har blitt avskåret, men der Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg har kommet til at dette innebar en saksbehandlingsfeil. Fremstillingen gjøres kronologisk.

I sin doktoravhandling har Torgersen funnet i alt fem avgjørelser i Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg der bevis har blitt avskåret grunnet ulovlig erverv.<sup>22</sup> Alle avgjørelsene er fra før tvisteloven ble vedtatt. Ifølge mine søk har ingen nye avgjørelser med dette utfallet kommet til etter Torgersens avhandling.

I kjennelsen Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåking I), som gjalt en straffesak, var en ansatt i et gatekjøkken tiltalt for underslag fra arbeidsgiveren.<sup>23</sup> Et bevis i saken var skaffet til veie i hemmelighet av arbeidsgiver selv, ved bruk av videoopptaker. Videoopptaket ble avskåret som bevis. Det uttales i kjennelsen at denne fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den utfra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabelt.

I denne avgjørelsen gjøres det klart at det ikke i seg selv er tilstrekkelig for bevisavskjæring etter denne regelen at et bevis er "ulovlig" ervervet, som spørsmålet er her. Inngrepet i personvernet var i tillegg så alvorlig at beviset ikke kunne tillates ført.

I Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I), en barnefordelingssak, og dermed også en sivil sak, gjelder bevisavskjæringsspørsmålet en utskrift av et lydopptak tatt opp av moren i hemmelighet, av en telefonsamtale mellom faren og barna. Avgjørelsen er en kjennelse. Ervervsmåten her var ikke straffbar, ei heller et brudd på noen annen lovregel, men beviset ble likevel avskåret. Begrunnelsen var at bevisavskjæringsadgangen må rekke lenger enn beviserverv gjennom en straffbar handling, og at slike hemmelige lydbåndopptak ofte vil være illojale og støtende.

Bevis avskjæres også grunnet utilbørlig erverv i Høyesteretts dom Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent). Her oppheves en fellede straffedom mot en fengselsbetjent som angivelig skulle ha hjulpet en fange til å rømme. I saken hadde politiet gått til særlige skritt for å fremprovosere forklaring fra siktede, og gjennom dette hadde det blitt tatt et opptak av siktede som forklarer seg. Høyesterett kommer i dommen til at opptaket strider mot

---

<sup>22</sup> Torgersen (2009) s. 495

<sup>23</sup> Kjennelsen er også omtalt i Schartum og Bygrave (2011) s. 280

vedkommendes rett til å forholde seg taus etter EMK art. 6 og SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Beviset er derfor ulovlig ervervet, og det avskjæres i dommen.

Videre avskjæres også bevis i kjennelsen Rt. 2001 s. 668 (Videoovervåking II). Saken var en sivil sak med arbeidsrett som tema. En kvinne ble avskjediget fra en stilling som butikkarbeider. Hun reiste sak for å få avskjedigelsen kjent ugyldig. Arbeidsgiver hadde i skjul gjort videoopptak av kassabetjeningen. Kjæremålsutvalget kom til at videoopptaket skulle avskjæres som bevis.

Avslutningsvis blir bevis avskåret etter den ulovfestede bevisavskjæringsregelen i kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt 2004 s. 878 (Videoovervåking III). Også dette er en sivil sak. Som tilfellet også var i Videoovervåking II-kjennelsen, ble en butikkansatt avskjediget grunnet mistanke til underslag. Den ansatte krevde avskjedigelsen kjent ugyldig, lønn til domstidspunktet og erstatning. Arbeidsgiver fremmet motsøksmål med krav om erstatning og rett til å motregne erstatningsbeløpet i lønn og feriepenger. Arbeidsgiver fremla et videoopptak gjort ved ulovlig overvåking av den ansatte. Videobeviset ble begjært avskåret, og Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at lagmannsrettens avskjæring av beviset ikke var feilaktig.

Regelenes anvendelse før tvisteloven, hadde et snevert anvendelsesområde. Dette har også gitt seg uttrykk i et visst tilfang av avgjørelser der bevis har blitt anført avskåret etter denne regelen, uten at Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg har gitt anførselen tilslutning. I det videre redegjør jeg for et utvalg avgjørelser der bevis har blitt tillatt ført til tross for slike anførsler, sammen med enkelte underrettsavgjørelser. Avgjørelsene her er valgt ut fordi de er de mest interessante. Avgjørelsene representerer begrensninger i bevisavskjæringsadgangen etter den ulovfestede rett som gjalt før tvistelovens ikrafttredelse.

Først nevnes kjennelsen Rt 2004 s. 1366 (Lydbånd II). Som i Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I) er saken en barnefordelingssak, og spørsmålet er om et lydbåndopptak av samtaler mellom en forelder og barn skulle avskjæres som utilbørlig ervervet bevis. Lydopptaket var også her arrangert av den andre forelderen. Faktum i Rt 2004 s. 1366 (Lydbånd II) skiller seg fra det i Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I) ved at faren, som denne gang arrangerte opptaket, ga moren en generell opplysning om at opptak ville bli gjort.

Høyesteretts kjæremålsutvalg kommer til at beviset ikke kan avskjæres som utilbørlig ervervet. Kjæremålsutvalget uttaler at det "[v]ed vurderingen av om lydopptakene av telefonsamtalene i dette tilfellet er skaffet til veie på utilbørlig måte, må [det] legges til grunn at mor var gjort kjent med at opptak ville finne sted. Det kan da ikke kreves at far hver gang skal underrette mor om lydopptak."<sup>24</sup>

Etter dette kommer kjæremålsutvalget til at beviset ikke er utilbørlig ervervet, og derfor ikke kan avskjæres. Lest i sammenheng med Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I) er det tydelig at grensen for hva som er utilbørlig når det gjelder lydopptak i barnefordelingssaker altså må trekkes mellom tilfellene der forelderen som tas opp på bånd gis en generell beskjed om dette, og der en slik beskjed ikke gis. Det forutsettes også i Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I), og gjentas uttrykkelig i Rt. 2004 s. 1366 (Lydbånd II), at dersom et bevis som det er tale om i disse sakene er utilbørlig ervervet, kan de likevel inneholde så vesentlige opplysninger om forhold som ikke kan belyses på andre måter, at beviset likevel må tillates ført.<sup>25</sup>

Først blant sakene på arbeidsrettens område der et omtvistet bevis har blitt tillatt ført nevnes Rt. 2002 s. 1500 (E-post). I denne kjennelsen er spørsmålet om e-post sendt til og fra arbeidstakerens e-postadresse hos arbeidsgiver, kunne fremlegges som bevis i en avskjedssak uten arbeidstakerens samtykke. I kjennelsen drøftes det om lagmannsretten har tolket personopplysningsloven § 8 bokstav f feil når det har blitt lagt til grunn at arbeidsgiver har rett til innsyn i virksomhetsrelatert e-post. Utvalget kommer til at denne tolkningen er riktig, og at beviset derfor ikke er ulovlig ervervet. Derfor kan det heller ikke avskjæres.

Videre kan Rt 2002 s. 1744 nevnes. Denne kjennelsen gjalt en straffesak. Spørsmålet i saken var om varetektsfengsling kunne besluttes på grunnlag av telefonavlytting i Spania. Avlyttingen var gjort i samsvar med spansk lov, men kunne ikke blitt gjort i Norge uten å bryte norsk lov, jf. straffeprosessloven § 216a. Kjæremålsutvalget tillot beviset, og uttalte at man ikke kan ha noen beskyttelsesverdig forventning om at et bevis, lovlig innhentet i et land man selv velger å ta opphold i, skal bli nektet brukt i Norge, selv om adgangen til kommunikasjonskontroll er strengere her.

---

<sup>24</sup> Rt 2004 s. 1366 avsnitt 14

<sup>25</sup> Rt 2004 s. 1366 (Lydbånd II) avsnitt 13

Av annen rettspraksis som gjelder arbeidsrett kan Rt 2003 s. 1266 (Porno-PC) jf. RG 2004 s. 347 nevnes. I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse behandles bare spørsmålet om lagmannsrettens saksbehandling lider av feil fordi lagmannsretten ikke tok stilling til om grunnvilkåret for avskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis var oppfylt. Utvalget kom til at dette innebar en saksbehandlingsfeil, og opphevet kjennelsen. Lagmannsrettens påfølgende behandling av bevisavskjæringsspørsmålet er tatt inn i RG 2004 s. 347. Spørsmålet var altså om en liste over filer innhentet fra en bærbar PC som arbeidsgiver hadde stilt til arbeidstakerens disposisjon i forbindelse med arbeid skulle avskjæres som bevis. Lagmannsretten fant at beviset var ulovlig innhentet i henhold til personopplysningsloven. Likevel ble beviset tillatt ført, fordi retten kom til at hensynet til sakens opplysning og den frie bevisbedømmelse måtte veie tyngre enn personvern hensynet. Arbeidstakeren trakk senere saken.<sup>26</sup>

Blant underrettsavgjørelsene kan Rg 2005 s. 998 fremheves. I avgjørelsen, en kjennelse, ringte en advokat en tidligere klient for å få han til å trekke tilbake et angivelig ærekrenkende utsagn overfor en dagsavis. Mottakeren for advokatens telefonanrop tok opp deler av samtalen uten å varsle advokaten om opptaket. Beviset ble senere fremlagt som bevis i en etterfølgende sak mellom advokaten og klientens forsikringsselskap om dekning av advokathonoraret. Borgarting lagmannsrett kom til at opptaket ikke var utilbørlig i dette tilfellet.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at det ikke er ulovlig eller straffbart å ta opptak av samtaler man selv deltar i, heller ikke om man unnlater å gjøre den andre deltakeren i samtalen oppmerksom på det. Videre ble det vektlagt at advokaten hadde vært den pågående av de to. Under de aktuelle omstendighetene anså lagmannsretten det ikke som utilbørlig å sette på en opptager, selv ikke når samtaleparten som gjorde opptaket unnlot å gi advokaten beskjed om dette.

Til sist i denne redegjørelsen nevnes Rt 2007 s. 920 (Scancem), en kjennelse. Denne saken er en erstatningssak, der et firma, Scancem International ANS, tok ut stevning mot en tidligere ansatt med krav om erstatning. Saken gjelder dermed ikke arbeidsrett, men erstatningsrett. Erstatningskravet bygget på at arbeidstakeren skulle ha beholdt penger som

---

<sup>26</sup> Robberstad (2009) s. 238

skulle vært overført andre. Kjennelsen tar for seg flere spørsmål, blant disse spørsmål om plikt til å fremlegge bevis etter tvistemålsloven § 250, spørsmål om å utta dokumenter som er blitt til i anledning saken, og endelig spørsmål om å avskjære bevis som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte.

Det omtvistede, og påstått utilbørlig eller ulovlig ervervede bevis i saken er bevis innhentet av det private etterforskningsbyrået HIBIS. Dokumentene gjelder bankoverføringer, samt andre opplysninger om den ansattes angivelig illojale opptreden. HIBIS hadde skaffet bevisene til veie ved blant annet å utgi seg for å være en banks internkontroll. HIBIS engasjerte også andre i søken etter bevis, uten å ville opplyse om hvem de hadde engasjert, eller hvordan det enkelte bevis hadde fremkommet.

Kjæremålsutvalget la til grunn at beviset er ervervet på en ulovlig måte, men kom til at bevisene likevel ikke skulle tas ut av saken.<sup>27</sup> Utvalget la vekt på at den anvendte fremgangsmåten neppe representerte noen alvorlig integritetskrenkelse og at Scancem neppe ville hatt mulighet til å fremskaffe beviset på en annen måte.

Oppsummeringsvis finnes det foreløpig fem avgjørelser i Høyesterett og kjæremålsutvalget der bevis har blitt avskåret grunnet utilbørlig erverv. Tre av disse gjelder bevis skaffet til veie ved ulovlig videoovervåking av ansatte, foretatt av arbeidsgiver. Videre er bevis avskåret i en straffesak, og en barnefordelingssak.

Bevis er en rekke ganger i rettspraksis anført avskåret grunnet utilbørlig erverv, uten at retten har avskåret beviset. Dette belyser som også tidligere nevnt at bevisavskjæringsregelen for utilbørlig ervervet bevis er en snever unntaksregel fra hovedregelen om fri bevisføring.

### 2.3.2 Redegjørelse i NOU 2001:32

NOU 2001:32 gir en redegjørelse for innholdet i den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen som er ment videreført med tvisteloven § 22-7. Nedenfor følger en utgreiing av rettspraksis som er omtalt i NOU 2001:32.

---

<sup>27</sup> Rt. 2007 s. 920 (Scancem) avsnitt 52

Før utvalget som har skrevet NOU 2001:32 gjennomgår rettspraksis knyttet til bevisforbudsregelen, nevnes det at spørsmålet først og fremst er diskutert i straffesaker, og at det i forarbeidene til straffeprosessloven ble diskutert om det skulle gis en regel om dette.<sup>28</sup> Konklusjonen i Straffeprosesslovkomiteens innstilling ble at temaet burde overlates til teori og praksis.<sup>29</sup> Tvistemålsutvalget poengterer videre at rettspraksis nå har gitt et rikere grunnlag for å formulere en generell regel enn da straffeprosessloven skulle utformes.

Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I) får en sentral plass i redegjørelsen. "Avgjørelsen var det første egentlige prejudikat for en regel om avskjæring av et ulovlig ervervet bevis etter en avveining fra rettens side" fremheves det. I tillegg til å være det første egentlige prejudikat, formuleres generelle kriterier for avveiningen som også er fulgt opp i senere sivile saker, slås det fast, og i den forbindelse vises det til Rt 1997 s. 795 (Lydbånd) og Rt 2001 s. 668 (Videoovervåkning II). Rt 2001 s. 668 (Videoovervåkning II) gjalt samme type saksforhold som Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning I), hemmelige opptak gjort av arbeidsgiver i forbindelse med mistanke om underslag. Saken var denne gang en avskjedssak, men utfallet av avskjæringsspørsmålet ble som tidligere nevnt også denne gang avskjæring.

I Rt 1997 s. 795 (Lydbånd) omtales i NOU 2001:32, se pkt 2.3.1 om beskrivelse av faktum i denne avgjørelsen.

Hittil i redegjørelsen av relevant ulovfestet praksis i forhold til tvl § 22-7, kan meningen bak å referere til denne praksisen være litt uklar. Redegjørelsens plassering i spesialkommentarene i NOU 2001:32 innebærer nok at hensikten bak er å styre domstolene i deres anvendelse av tvisteloven § 22-7.

Videre i NOU 2001:32 benyttes avgjørelser for å belyse forskjellige deler ved regelen i tvisteloven § 22-7. Først kan det nevnes her at valget av ordet "utilbørlig" fremfor "ulovlig" dels begrunnes med at det i rettspraksis ikke er lagt avgjørende vekt på at beviset er skaffet ved et middel som innebærer et brudd på en lovregel. Det vises i den forbindelse til Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I), der Høyesterett la "til grunn at det kan være noe diskutabelt om hemmelige videoopptak på arbeidsplassen rammes av positive

---

<sup>28</sup> NOU 32:2001 s. 960

<sup>29</sup> Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker (1969) s. 197

lovbestemmelser".<sup>30</sup> Beviset ble som allerede nevnt likevel bedømt "under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis", på grunn av at denne fremgangsmåten innebærer et så sterkt inngrep "i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel".<sup>31</sup>

Dette følges videre opp i Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I), og dette nevnes også i NOU 2001:32.<sup>32</sup> I forbindelse med grunnvilkåret "utilbørlig" presiseres det også i forarbeidene at det ikke er noen automatikk i at bevis som er opptatt ved krenkelse av rent formelle regler, hvor overtredelsen ikke har hatt betydning for bevisverdien, blir ansett som å oppfylle grunnvilkåret. Her henvises det kort til Rt 1992 s. 698.

Kjennelsen Rt 1987 s. 548 nevnes kort for å belyse at tvisteloven § 22-7 også har en kontaktflate mot de alminnelige begrensninger i retten til å føre bevis. Saken gjelder blant annet samværsrett med barn. Barnefaren ønsket å fremlegge et lydopptak med seg selv i samtale med barna som bevis. Beviset ble avskåret i medhold av tvistemålsloven § 189 nr. 4, da beviset burde føres på en annen måte enn tilbudt. Kjæremålsutvalget så i kjennelsen hen til bestemmelsene i straffeprosessloven §§ 234, annet ledd og 239 om avhør av barn.

Rt. 1997 s. 795 (Lydbånd I) nevnes igjen i forbindelse med at det i saker der det er av stor betydning at retten har et riktig avgjørelsesgrunnlag, kan tenkes tilfeller der hemmelige lydbåndopptak tillates ført, fordi det gjelder foreldreansvar og omsorg for barn.

Avslutningsvis kan det nevnes at Rt. 1996 s. 1114 (Løgndetektor) blir omtalt. Saken gjalt om en siktet i en straffesak kunne fremlegge resultater av en polygrafest for å underbygge sin egen troverdighet. Høyesterett avskjærer beviset på ulovfestet grunnlag. Sterke personvern hensyn tilsa avskjæring av beviset. Kjennelsen nevnes for å belyse at det i fortiden har kommet eksepsjonelle tilfeller for retten der retten har avskåret bevis på ulovfestet grunnlag, og at det dersom et tilsvarende eksepsjonelt tilfelle skulle komme igjen, uten at tvisteloven gir hjemmel for å avskjære, fortsatt vil være adgang til å avskjære etter ulovfestet rett.

---

<sup>30</sup> NOU 32:2001 s. 961

<sup>31</sup> Rt 1991 s. 616 (Videoovervåking I) s. 623

<sup>32</sup> Jf. pkt. 2.3.1



### 2.3.3 Relevant rettspraksis som ikke nevnes i forarbeidene

En del av avgjørelsene som før tvistelovens ikrafttredelse utgjorde den ulovfestede retten til å avskjære bevis ervervet ved et utilbørlig middel, er også nevnt uttrykkelig i tvisteloven § 22-7s forarbeider. Dermed er avgjørelsene også klart relevante for tolkningen av bestemmelsen. Spørsmålet i det følgende er om en avgjørelse som ikke er nevnt i tvistelovens forarbeider likevel er relevant for tolkningen av tvisteloven § 22-7.

Som argument for at en slik avgjørelse vil være relevant, kan det trekkes frem at formålet med tvisteloven § 22-7 er å lovfeste den tidligere ulovfestede praksis. Utfra dette perspektivet vil enhver avgjørelse knyttet til den ulovfestede bevisavskjæringsregelen være relevant. Dersom noen del av rettspraksis direkte eller indirekte ville blitt tilbakevist eller kritisert i forarbeidene, ville dette kunne gjort disse delene av rettspraksis mindre relevant, eller kun relevant som eksempel på hvordan problemet ikke skal løses. Det er ikke tilfellet med noen del av rettspraksis som gjelder den ulovfestede retten som er søkt lovfestet med tvisteloven § 22-7.

Dermed blir konklusjonen at øvrig rettspraksis enn den som nevnes i forarbeidene også er relevant, utfra formålsbetraktninger. Hvordan avgjørelsene tolkes og benyttes i de forskjellige sakene, er avhengig av de konkrete forhold i den enkelte sak.

## 2.4 Nyere rettspraksis

### 2.4.1 To sentrale avgjørelser

Søker man i Lovdata etter avgjørelser i Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg med tvisteloven § 22-7 som lovhenviisning (base: "HRA", lovhenviisning: "lov-2005-06-17-90-§22-7", søk gjort 1. april 2011) får man tre treff, Rt. 2007 s. 920 (Scancem), Rt. 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør) og Rt. 2009 s. 125.

Sistnevnte kjennelse gjelder bevisavskjæring i en sak om erstatning for personskade. En part i saken hadde gitt samtykke til innhenting av lege- og trygdedokumenter, som skulle kunne brukes av parten eller rettsoppnevnt sakkyndig. Spørsmålet i saken var om det innebar en feil at motpartens private sakkyndig også hadde fått tilgang til dokumentene, og om fremleggelse av erklæring og vitneutsagn dermed skulle avskjæres. I lagmannsretten ble beviset avskåret etter tvisteloven 22-5, bevisforbud og bevisfritak for betroelser til særlige yrkesutøvere. I tillegg til å argumentere mot bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-5 argumenterer den ankende part, SAS X Hotel mot bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-7. Motparten begjærer imidlertid ikke bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-7, og Høyesteretts ankeutvalg tar utgangspunkt i tvisteloven §§ 22-3 og 22-5 i sin begrunnelse. Ankeutvalget kom til at det ikke var en feil at den private sakkyndige fikk tilgang til dokumentene, og tillater beviset ført. Dermed sier Rt 2009 s. 125 lite av interesse om tvisteloven § 22-7.

Rt. 2007 s. 920 (Scancem) og Rt. 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør) er dermed de to sentrale avgjørelsene å undersøke for å belyse hvordan den ulovfestede rett som gjalt før tvistelovens ikrafttredelse blir behandlet i rettspraksis etter tvisteloven § 22-7. Tvisteloven trådte i kraft 1. januar 2008, men ble vedtatt i 2005. Rt. 2007 s. 920 (Scancem) er altså avsagt før tvisteloven trådte i kraft. Rt 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør) gjelder en straffesak. Begge avgjørelsene tolker tvisteloven § 22-7 og omtaler den tidligere ulovfestede rett, derfor behandles de også begge her.

Tvisteloven § 22-7 nevnes og drøftes i **Rt 2007 s. 920 (Scancem)**, men i denne kjennelsen tar Høyesteretts kjæremålsutvalg utgangspunkt i den ulovfestede retten for å slå fast hva gjeldende rett er.

Saken gjalt et erstatningskrav rettet fra et firma mot en tidligere ansatt. Kravet bygget på at han selv skulle ha beholdt penger som skulle vært overført andre. Spørsmål ble reist i saken om å avskjære bevis som var blitt til eller innhentet på "ulovlig eller utilbørlig måte". Bevisene ble tillatt ført.<sup>33</sup>

"Norsk rett bygger på prinsippet om fri bevisføring. Fra dette utgangspunktet må det gjøres enkelte unntak" sies det i kjennelsen, og kjæremålsutvalget viser i den

---

<sup>33</sup> Avgjørelsen er også omtalt i pkt. 2.3.1

forbindelse til Rt. 2004 s. 1366.<sup>34</sup> I votumet i kjennelsen det henvises til, legges frem et syn på den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen som har klare likhetstrekk med regelen slik den fremstilles i NOU 2001:32, uten at tvistelovens forarbeider nevnes i avgjørelsen.

Regelformuleringen ligger tett opptil utvalgets forslag til ny lovtekst: "Bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte, kan i særlige tilfeller nektes ført når føringen av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende hensyn til personvernet eller rettssikkerheten". Her vises det til de to kjennelsene Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I) og Rt 1997 s. 795 (Lydbånd), som det også gjøres i NOU 2001:32.

Når det gjelder innholdet i regelen og vurderingstemaene, slås det fast også her at vurderingen er to-leddet, og at del en tar for seg om beviset er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Denne første delen er en nødvendig del av vurderingen, og dette understrekes i kjennelsen ved å vise til avgjørelsen i Rt 2003 s. 1266 (Porno-PC), der en lagmannsrettsavgjørelse blir opphevet fordi man i denne gikk rett til avveiningen om beviset skal bli tillatt ført eller ikke, uten å vurdere om grunnvilkåret er oppfylt. Andre del av vurderingen, består etter Rt 2004 s. 1366 i å vurdere om hensynet til personvern eller rettssikkerhet er tilstrekkelig tungtveiende til at prinsippet om fri bevisføring må vike. Høyesteretts kjæremålsutvalg legger til at det i saker der retten har ansvar for opplysning av saken, for eksempel i saker som gjelder foreldreansvar eller omsorg for barn, vil være mulig at et bevis inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som ikke kan belyses på annen måte, at beviset må tillates ført. Her henvises det til Rt 1997 s. 795 (Lydbånd).

Dermed behandles den ulovfestede rett som et naturlig utgangspunkt for tolkningen av hva som er gjeldende rett for bevisavskjæringsadgangen ved utilbørlig ervervede bevis i Rt. 2007 s. 920 (Scancem). Kjennelsen falt som tidligere nevnt på et tidspunkt der tvisteloven ennå ikke var trådt i kraft, selv om den ble vedtatt i 2005. Tvisteloven § 22-7 var dermed rettskildemessig å sammenligne med den situasjonen de fleste deler av straffeloven 2005 er i, i skrivende stund. Bruken av tvisteloven i denne kjennelsen kan ses slik at den brukes som et tolkningsmoment til den ulovfestede rett. Den ulovfestede rett harmonerer i dette tilfellet fint med en fremtidig gjeldende lov, i tillegg til dette er det et formål med tvisteloven § 22-7 å videreføre den ulovfestede retten som kommer til

---

<sup>34</sup> Rt 2007 s. 920 (Scancem) avsnitt 53

anvendelse her. Dermed kan det hevdes at lovgiver har gitt sin tilslutning til den ulovfestede rett, uten at bestemmelsen i seg selv har direkte virkning som lov ennå. Det kan hevdes at rettsgrunnlaget for den ulovfestede rett er styrket.

Tvisteloven § 22-7 omtales også i **Rt. 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør)**. Også her tar Høyesterett utgangspunkt i det ulovfestede bevisforbudet. Saken kom altså for Høyesterett etter at tvisteloven trådte i kraft, men behandles som straffesak etter reglene i straffeprosessloven.

Saken gjalt om et lydopptak av en forsoningssamtale i fengsel mellom fornærmede og tiltalte med fengselsprest til stede skulle avskjæres som bevis. Opptaket ble gjort av fornærmede. Det straffbare forhold i saken var alvorlig, tiltalen lød på et planlagt drapsforsøk utenfor fornærmedes leilighet. Beviset ble tillatt ført fordi saken gjalt en meget alvorlig kriminell handling, og behovet for en materielt riktig avgjørelse var tungtveiende.

I dommen stiller Høyesterett spørsmålet om lydopptakene burde vært nektet avspilt fordi de "er fremskaffet på utilbørlig måte".<sup>35</sup> Førstevoterende slår fast at reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige.

Dommen føyer seg inn i rekken av avgjørelser som viser at det ikke er nødvendig at bevis er ervervet på en ulovlig måte for at grunnvilkåret for å avskjære utilbørlig ervervede bevis skal være oppfylt. Her er det tilstrekkelig at middelet beviset er skaffet til veie med er utilbørlig. I dommen vises det til Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning I) og Rt. 1997 s. 795 (Lydbånd I) for å forankre dette standpunktet i rettskildene. I Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I) ble et bevis avskåret fordi det var skaffet til veie på en ulovlig måte. Opptakene er ikke gjort i strid med straffeloven § 145 a, som kun rammer samtaler man ikke selv er deltaker i. I Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I) blir det slått fast at bevis også kan avskjæres dersom det er skaffet til veie på en utilbørlig måte. Det er ikke tvilsomt at denne ervervsmåten er utilbørlig, slår Høyesterett fast, og dermed kan beviset avskjæres.

Et interessant poeng her er at dommen først etter å ha drøftet utfra rettspraksis om grunnvilkåret er at beviservervet er ulovlig eller utilbørlig, viser til tvisteloven § 22-7. Dersom tvisteloven § 22-7 først er relevant, og man kan vise til paragrafen også innenfor det straffeprosessuelle området, kan det tenkes flere hensyn til støtte for å belyse også

---

<sup>35</sup> Rt 2009 s. 1526 avsnitt 27

innholdet i grunnvilkåret ved å se på ordlyden i bestemmelsen som utgangspunkt. I tvisteloven § 22-7 gis det også en klar støtte til standpunktet om at grunnvilkåret er "utilbørlig", og at beviservervet dermed ikke trenger å bryte med lov for at grunnvilkåret skal være oppfylt. At dette er hensikten bak nettopp denne formuleringen, kan klart utledes av forarbeidene.<sup>36</sup>

Imidlertid velger Høyesterett å belyse grunnvilkåret med utgangspunkt i rettspraksis, herunder en straffeprosessavgjørelse, Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I), og en sivilprosessavgjørelse, Rt. 1997 s. 795 (Lydbånd I), i forlengelsen av et resonnement der Høyesterett tar utgangspunkt i at bevisreglene når det gjelder utilbørlig eller ulovlig ervervede bevis er fellesprosessuelle. Først etter dette trekkes ordlyden i tvisteloven § 22-7 frem, før bestemmelsen tolkes i lys av NOU 2001:32. Så slås det fast at ervervet av beviset utvilsomt har skjedd på en utilbørlig måte. Etter dette følger den konkrete drøftelsen i saken, uten at slutningene man trekker utfra NOU 2001:32 holdes sammen med rettspraksis.

Tvisteloven § 22-7 gis dermed en mer sentral rolle i undersøkelsen av hva som er gjeldende rett i Rt 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør) enn Rt 2007 s. 920 (Scancem). Som også Schei m. fl. fremholder, sies det her uttrykkelig at bevisreglene på dette punktet er fellesprosessuelle, men samtidig presiseres det at vurderingene innenfor de to forskjellige prosessformene kan bli forskjellige, uten at dette utdypes mer i dommen.<sup>37</sup>

Dermed kan rettskildesituasjonen på straffeprosessens område nå sies å være i endring. Der man før denne dommen har hentet argumentene for bevisavskjæring ved utilbørlig ervervet bevis i rettspraksis, kan man nå enten støtte opp om argumenter hentet i rettspraksis med ordlyden i tvisteloven § 22-7, eller hente argumentene direkte i denne bestemmelsen eller dens forarbeider.

---

<sup>36</sup> NOU 2001:32 s. 961

<sup>37</sup> Schei m. fl. (2011) § 22-7 pkt. 1

#### 2.4.2 Sammenligning av drøftelsene i avgjørelsene Rt. 2007 s. 920 (Scancem) og Rt. 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør)

Som nevnt er rettskildesituasjonen for øyeblikket at det ikke hittil finnes noen avgjørelse gjort av Høyesterett, Høyesteretts ankeutvalg eller kjæremålsutvalget der tvisteloven § 22-7 og dens ordlyd brukes som utgangspunkt for drøftelsen av hva som er gjeldende rett. De to omtalte avgjørelsene Rt 2007 s. 920 (Scancem) og Rt. 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør) tar utgangspunkt i den ulovfestede rett, fordi den førstnevnte er avsagt før tvistelovens ikrafttredelse, mens den andre er en straffeprosessuell avgjørelse.

Tvisteloven § 22-7 brukes som et tolkningsmoment for den ulovfestede retten i begge avgjørelsene. Dette er i tråd med formålsbetraktninger hentet fra forarbeidene. Etter alt å dømme vil en avgjørelse etter tvisteloven i motsetning til dette ta utgangspunkt i tvl § 22-7, og benytte forarbeidene, og eventuelt rettspraksis som tolkningsmomenter. Dette kan sies å ofte være nødvendig, tatt i betraktning at ordlyden ikke klart klargjør innholdet i regelen. Forutsatt at dette stemmer, vil formodentlig regelen fortsette å bli tolket på samme måte. Et spørsmål etter dette blir om tvisteloven § 22-7 gir hjemmel til bevisavskjæring utover det den tidligere gjeldende ulovfestede rett gir, eller om bestemmelsen hindrer avskjæring i større grad enn bevisavskjæringsreglene før tvisteloven.

### 2.5 Endres den ulovfestede rett ved tvisteloven § 22-7?

#### 2.5.1 Forskjellene mellom foreslått ordlyd i NOU og endelig ordlyd

Den foreslåtte ordlyd til det som skulle bli tvisteloven § 22-7 fra NOU 2001:32 ble etter Ot. prp. 51 (2004-2005) forkastet. Det innledende spørsmålet i denne delen er hva endringen innebærer, og hva som er forskjellene i hvordan de to ordlydene kan forstås.

Den foreslåtte ordlyd etter NOU 2001:32 var lengre enn den endelige ordlyd, som ble foreslått i Ot. prp. 51 (2004-2005). Utvalgets forslag lød som følger:

"Retten kan i særlige tilfeller nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte dersom føring av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn."<sup>38</sup>

Utvalgets ordlyd ble dermed omtrent halvert i omfang, til det kortere, og mindre presise:

"Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte."<sup>39</sup>

For det første kan det hevdes at den endelige bestemmelsens fokus ikke er på konsekvensene av selve bevisføringen. Dette kan begrunnes i endringen gjort fra utvalgets forslag til den endelige ordlyd foreslått av departementet. Utvalgets forslag, på sin side, kan leses som et uttrykk for at det er avgjørende at bevisføringsnormer brytes.<sup>40</sup> Som tidligere nevnt er formålet med tvl § 22-7 etter NOU 2001:32 s. 961 å "videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger". Et synspunkt her kan dermed være at utvalget som skrev utredningen tolket den til da fremkomne rettspraksis dit hen at det var konsekvensene av føringen av beviset som var grunnen til at bevisforbudet vokste frem.

Mot dette kan flere synspunkter anføres. Formuleringen i utvalgets forslag til ordlyd kan ses i sammenheng med drøftelsen av om beviset grunnet utilbørlig erverv skal nektes ført, slik deler av denne drøftelsen har blitt presentert i noen avgjørelser. Nærmere bestemt vurderingen av om føringen av et bevis vil representere en fortsatt eller gjentatt krenkelse av parten i forhold til krenkelsen som ble påført ved beviservervet, heretter "krenkelsesspørsmålet". Denne delen av vurderingen er spesielt fremhevet i Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent), og gjentatt i Rt. 2006 s. 582. I den første avgjørelsen fremholdes det at "[i] tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført."<sup>41</sup> Denne delen av votumet vises det til i Rt. 2006 s. 582, og dette karakteriseres som en "treffende oppsummering av rettstilstanden" i

---

<sup>38</sup> NOU 2001:32 s. 62

<sup>39</sup> Ot. prp. 51 (2004-2005) s. 547

<sup>40</sup> Jf. pkt 1.5.1

<sup>41</sup> Rt 1999 s. 1269 s. 1272

avsnitt 22 i avgjørelsen. Begge avgjørelsene er truffet på straffeprosessens område. Krenkelsesspørsmålet blir også kort omtalt i Rt 2007 s. 920 (Scancem) i avsnitt 57, en sivil sak. I avsnittet tas det utgangspunkt i en betraktning om at beviservervet i denne saken neppe kan karakteriseres som en "alvorlig integritetskrenkelse".

Krenkelsesspørsmålet blir omtalt i teorien hos flere forfattere. Schei m. fl. antar at bevisføringskonsekvensspørsmålet er det viktigste momentet etter tvisteloven § 22-7 forutsatt at grunnvilkåret er oppfylt.<sup>42</sup> Etter Robberstads oppfatning er ikke spørsmålet særlig sentralt i sivile saker.<sup>43</sup> Robberstad legger vekt på bestemmelsens ordlyd i sin begrunnelse, som også vil bli drøftet under.

I NOU 2001:32 kan man altså, utfra den foreslåtte ordlyden, få inntrykk av at denne delen av vurderingen skal fremheves, også på sivilprosessens område. Leser man spesialkommentarene til forslaget, finner man likevel at rettspraksis som tar opp krenkelsesspørsmålet ikke er omtalt, og for eksempel er Rt 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent) ikke nevnt.<sup>44</sup> I Tvistemålsutvalgets utredning blir like fullt følgende fremhevet:

"For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet" <sup>45</sup>

Etter forslaget til ny ordlyd etter Ot. prp. 51 (2004-2005) er den delen av ordlyden som fremhever brudd på bevisføringsnormene som det sentrale for vurderingen fjernet.

Det kan dermed hevdes at krenkelsesspørsmålet har fått en svakere rettskildemessig stilling enn andre deler av vurderingen, slik at vekten mellom de forskjellige vurderingene nå kanskje kan sies å ha blitt forskjøvet, og at bevisavskjæringsspørsmålet derfor kan bli et

---

<sup>42</sup> Schei m.fl. (2011) § 22-7 pkt. 4

<sup>43</sup> Robberstad (2009) s. 239

<sup>44</sup> NOU 2001:32 s. 960-962

<sup>45</sup> NOU 2001:32 s. 961



annet. På den annen side gjelder tvl § 22-7 kun direkte for sivile saker, selv om den blir trukket inn som tolkningsmoment på straffeprosessens område.

Samtidig er det klart at formålsbetraktninger gjør at krenkelsesspørsmålet ikke rettskildemessig er avskåret fra å bli trukket inn, også i sivile saker. Dette er også vist i rettspraksis ved at krenkelsesspørsmålet også nevnes i Rt 2007 s. 920 (Scancem).

Bevisavskjæringsreglene er på dette punkt fellesprosessuelle, som Høyesterett har uttalt, og om det er på dette punkt vurderingene i de to prosessformene skiller seg fra hverandre, finnes få klare holdepunkter i rettskildene for å slå fast. Innføringen av tvisteloven § 22-7 kan likevel sies å ha virket inn på den rettskildemessige vekt av de forskjellige sidene ved bevisavskjæringsspørsmålet.

## 2.5.2 Utvidet adgang til å avskjære utilbørlig ervervede bevis?

Som nevnt tidligere er altså formålet bak tvisteloven § 22-7 å videreføre den ulovfestede rett knyttet til bevisavskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis. Kan hende må det her tas forbehold om visse deler av vurderingens andre del. Rettspraksis som ikke er direkte omtalt i forarbeidene, er likevel relevant, utfra formålsbetraktninger.

Med dette som utgangspunkt er det interessant at det i Ot. prp. 51 (2004-2005) også antydes at bevis kan avskjæres av den grunn at ervervsnormene brytes på en spesielt klar måte. I Ot. prp 51 (2004-2005) s. 459 uttales dette på denne måten:

"Etter departementets vurdering vil det normalt være tungtveiende rettsikkerhetshensyn, herunder personvernens hensyn, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført. Imidlertid kan det være at føring av beviset ikke nødvendigvis vil føre til krenkelse av tungtveiende rettsikkerhetshensyn. Men det kan være at beviset er ervervet på en slik måte at retten av den grunn ikke bør tillate bevis ført, for eksempel hvis det er framskaffet ved en alvorlig straffbar handling som er foretatt i den hensikt."

Med andre ord antydes det at bruddet på ervervsnormene, dersom dette er tilstrekkelig alvorlig, kan holde som begrunnelse for avskjæring, selv om beviset selv skulle være aldri så uproblematisk å anføre i retten på andre måter. Dette kan stilles opp som en slags motsetning til vurderingen om hvorvidt føringen av beviset vil representere et gjentatt eller fortsatt krenkelse.

Denne kommentaren til NOU 2001:32 gir grunnlag til å spørre om dette innebærer en uenighet om hva som er innholdet i den tidligere ulovfestede rett, eller om departementet her går lengre enn den ulovfestede rett gir hjemmel for, og om adgangen til å avskjære bevis etter tvisteloven § 22-7 dermed er videre enn adgangen til å avskjære bevis etter den tidligere ulovfestede rett.

Mot dette står tilsynelatende uttalelsene i Rt 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør) om at bevisavskjæringsregelen fortsatt er fellesprosessuell. Avgjørelsen ble som nevnt avsagt etter at tvisteloven trådte i kraft, og kan derfor ses som et uttrykk for at Høyesterett ikke anser rettstilstanden for å være endret med denne lovbestemmelsen. Samtidig er det nødvendig å ta et forbehold på dette punktet, i og med at Høyesterett i samme dom uttalte at vurderingene kan bli forskjellige mellom de to prosessformene.

Et nytt motargument mot at uttalelsen innebærer en utviding av bevisavskjæringsadgangen med tvl § 22-7 kan hentes i Ot. prp 51 (2004-2005) selv. Her uttales som kjent formålet om å kodifisere den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen som har vokst frem i praksis.

I forlengelsen av dette er det også interessant at det i Ot. prp. 51 (2004-2005) ikke er henvist til noen relevant rettsavgjørelse på dette punktet. Resonnementet innledes med ordene "[e]tter departementets vurdering", og etter denne ordlyden kan det hevdes at den naturlige språklige forståelse av det følgende resonnementet er at vurderingene kommer fra departementet selv, ikke rettspraksis.

Departementet støtter seg altså i dette tilfellet ikke på rettspraksis. Konklusjonen her blir derfor at adgangen til å avskjære bevis etter tvisteloven § 22-7 kan være noe utvidet i forhold til den tidligere gjeldende ulovfestede rett til bevisavskjæring ved utilbørlig ervervede bevis.

Likevel vil jeg her anta at bevis som er ervervet ved en alvorlig straffbar handling, som departementet trekker frem som eksempel, også etter den tidligere ulovfestede rett ville blitt avskåret. Jeg har ikke funnet uttrykkelige holdepunkter for dette i rettspraksis selv, men jeg vil anta at det vil følge av den ulovfestede regelen.

### 2.5.3 Er vilkårene for å nekte beviset ført strammet inn?

Problemstillingen i det følgende er om vilkårene for å nekte beviset ført er strammet inn ved lovfestingen av bevisforbudet i tvisteloven § 22-7. Problemstillingen er tidligere nevnt i teorien hos Robberstad. Robberstad antyder at dette kan være et mulig utfall av måten bevisforbudet har blitt lovfestet på, spesielt fremheves det at departementet, i Ot. prp. 51 (2004-2005), uttaler at "det må foreligge "tungtveiende rettssikkerhetshensyn" som tilsier at beviset ikke skal tillates ført".<sup>46</sup>

I forlengelsen av dette kan det sies at tvisteloven § 22-7 klart nok er en snever unntaksbestemmelse, som bare kommer til anvendelse i "særlige tilfeller" etter sin ordlyd. Om departementets formuleringer om "tungtveiende rettssikkerhetshensyn" virkelig representerer en ytterligere innstramming av vilkårene, er noe usikkert. Som Robberstad også peker på understrekes det i NOU 2001:32 at det ikke eksisterer et alminnelig forbud mot å føre ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis. Dette går også frem av fremgangsmåten man tidligere benyttet for å avskjære bevis etter den ulovfestede rett, ved at man kun benytter ulovlig- eller utilbørlighetsvilkåret som et grunnvilkår, før man senere går over i en vurdering om likevel skal tillates ført.<sup>47</sup>

Spørsmålet har ikke et opplagt svar. At departementet velger å fremheve at det her virkelig skal sterke rettssikkerhetshensyn til, kan leses som en påminnelse til retten om at bevisfriheten er det helt klare utgangspunkt, og at man kanskje i enda sterkere grad bør holde fast ved dette. "[T]ungtveiende rettssikkerhetshensyn" er et sterkt uttrykk. I forbindelse med dette kan det også nevnes at hensynet til sakens opplysning og

---

<sup>46</sup> Robberstad (2009) s. 239

<sup>47</sup> NOU 2001:32 s. 961

bevisfriheten også i høy grad hviler på rettssikkerhetshensyn, og at det som utgangspunkt vil være vanskelig å argumentere for at opplysning av en sak for domstolene vil gå på bekostning av noens rettssikkerhet. Den nære sammenheng mellom domstolenes virksomhet og rettssikkerhet belyses blant annet i tvisteloven § 1-1 første ledd annet punktum: "Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister". Denne delen av formålet med tvisteløsning for domstolene kan bli vanskeligere å sette ut i livet hvis tvisteloven § 22-7 får et vidt anvendelsesområde.

På den annen side hører personvernensyn under de "tungtveiende rettssikkerhetshensyn", som kan begrunne avskjæring av bevis, også ifølge Ot. prp. 51 (2004-2005).<sup>48</sup> En annen måte å oppfatte denne formuleringen, enn at vilkårene for bevisavskjæring er blitt innstrammet, er at de personvernensyn som hittil, i praksis før tvisteloven, er blitt ansett tungtveiende nok for at bevis ble avskåret, også etter tvisteloven må anses for å være tungtveiende hensyn. Videre er det hensyn til håndhevelse av personvernensyn og personvernregler som ligger til grunn for at bevis kan avskjæres etter denne bestemmelsen. Dette kan utledes av at personvernensynene hører inn under rettssikkerhetshensynene som kan vektlegges etter tvisteloven § 22-7. Andre former for rettssikkerhetshensyn enn personvernensyn som grunn for avskjæring utelukkes ikke etter Ot. prp 51 (2004-2005) idet det fremheves av departementet på side 459 at det er "tungtveiende rettsikkerhetshensyn" som normalt vil tilsi at bevis ikke skal tillates ført.<sup>49</sup> Formuleringen "tungtveiende rettsikkerhetshensyn" åpner etter sin ordlyd for at også andre hensyn enn personvernensyn kan tilsi at beviset avskjæres.

Uttalelsene i Ot.prp 51 (2004-2005) innebærer altså ikke en entydig eller klar innstramming av vilkårene for å avskjære bevis som er utilbørlig ervervet. Tvisteloven § 22-7 synes etter søkene gjort i forbindelse med denne oppgaven å ikke være noen hyppig brukt regel i verken tingrettene eller lagmannsrettene.<sup>50</sup> Dette er i tråd med formålet med regelen, og forutsetninger i forarbeidene om at regelen er en snever unntaksbestemmelse.

---

<sup>48</sup> Ot. prp 51 (2004-2005) s. 459

<sup>49</sup> Se sitat fra Ot. prp 51 (2004-2005) i pkt. 2.5.2

<sup>50</sup> Jf. pkt. 1.4

En anførsel om at vilkårene for å avskjære bevis ervervet på en utilbørlig måte er strammet inn kan også begrunnes i departementets uttalelser i Ot. prp. 51 (2004-2005) s. 459:

"Paragrafen kodifiserer en ulovfestet regel om rettens adgang til i særlige tilfeller å avskjære bevis som er ervervet på en *ulovlig* måte." (Torgersens utheving)<sup>51</sup>

Torgersen fremhever også denne delen av Ot. prp 51 (2004-2005) i sin drøftelse av formuleringen av grunnvilkåret for dette bevisforbudet. Som nevnt under punkt 2.2.1 velger Torgersen å bruke begrepet "ulovlig" som grunnvilkår for bevisavskjæring, på tross av ordlyden i tvisteloven § 22-7. Som drøftet over, hevder Torgersen at justisdepartementet ser ut til å forutsette at et skille må kunne dras mellom bevis ervervet på en kritikkverdig, men ikke rettsstridig måte, og bevis som er ervervet på en rettsstridig måte, men ikke i strid med formell lov. Skal grunnvilkåret være oppfylt, må beviservervsmåten være rettsstridig, det er ikke tilstrekkelig at den er kritikkverdig.<sup>52</sup>

Med dette som utgangspunkt kan det spørres om departementets formulering med hensyn til at beviset må være ervervet på en "ulovlig" måte, underforstått at det ikke er tilstrekkelig at beviservervsmåten er kritikkverdig, innebærer en innstramming av vilkårene for bevisavskjæring ved utilbørlig ervervede bevis.

For det første kan det nevnes at retten ikke med dette er hindret i å bedømme nye, uprøvede tilfeller dithen at grunnvilkåret etter tvisteloven § 22-7 er oppfylt. Nyanseforskjellen her ligger i at retten vil måtte bedømme det aktuelle beviset som ulovlig ervervet på ulovfestet grunnlag. Forskjellen mellom ulovlighetsvilkåret og utilbørlighetsvilkåret ligger her, som Torgersen også fremhever, i at det ikke kan være tilstrekkelig at beviservervet er kritikkverdig, og at denne forutsetningen er tydeligere dersom man krever at beviset er "ulovlig" ervervet, som det står i Ot. prp. 51 (2004-2005).

Hvor grensen trekkes mellom "kritikkverdig" og "ulovlig på ulovfestet grunnlag" drøftes ikke videre i Ot. prp 51 (2004-2005), og dermed er det opp til rettspraksis å legge listen. Det er likevel klart at mye kan være kritikkverdig uten at det gir grunnlag for å

---

<sup>51</sup> Torgersen (2009) s. 10 med henvisning videre til Ot prp. 51 (2004-2005) s, 459

<sup>52</sup> Torgersen (2009) s. 9

hevde at det bør anses ulovlig etter ulovfestet rett. Ifølge Torgersens tolkning klargjør altså departementet at beviservervsmåten må anses ulovlig på ulovfestet grunnlag for at grunnvilkåret skal være oppfylt, og dersom også kritikkverdig beviserverv kan anses som utilbørlig beviserverv, vil denne presiseringen innebære en innstramming.

For at departementets uttalelser skal kunne kalles en innstramming, må den omtalte presiseringen representere noe nytt i forhold til regelen. Å formulere grunnvilkåret i regelen om bevisavskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis som at beviset må være "ulovlig" ervervet kan vanskelig hevdes å være noe nytt. Som Torgersen fastslår knyttes disse ulovfestede reglene tradisjonelt til nettopp uttrykket "ulovlig ervervede bevis" (s. 8).<sup>53</sup> I rettspraksis brukes begrepet i flere avgjørelser om det samme grunnvilkåret som i tvisteloven § 22-7 er formulert som at beviset må være "utilbørlig" ervervet for å kunne avskjæres. Det taler mot at denne formuleringen i Ot. prp. 51 (2004-2005) representerer en innstramming av vilkårene at ordlyden også etter departementets presiseringer er at beviset må erverves på en "utilbørlig" måte. Konklusjonen blir etter dette at denne formuleringen ikke innebærer at vilkårene strammes inn.

## 2.6 Oppsummering og konklusjon for punkt 2

Etter ordlyden i tvisteloven § 22-7 er grunnvilkåret for bevisavskjæring etter denne paragrafen at beviset er ervervet på en "utilbørlig" måte. Utilbørlighetsbegrepet her innebærer at det ikke er nødvendig at beviservervet er gjort ved brudd på en lovfestet regel for at grunnvilkåret skal være oppfylt. Samtidig kan det tenkes at grunnvilkåret ikke vil være oppfylt der beviservervet er skjedd ved brudd på formelle regler.

Videre kan ordlyden i tvisteloven § 22-7 forstås som at utilbørlig ervervede bevis bare rent unntaksvis bør avskjæres. Jeg har i denne delen av oppgaven konkludert med at det likevel ikke er noen klar hovedregel på dette punkt, men at vurderingen er åpen.

---

<sup>53</sup> Torgersen (2009) s. 8

Tvisteloven § 22-7 er en utilgjengelig regel å sette seg inn i for ikke-jurister og ikke-profesjonelle. Høyesterett og kjæremålsutvalget har likevel lagt vekt på preventive hensyn i begrunnelsene for anvendelsen av regelen.

Når det gjelder den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen for utilbørlig ervervede bevis som gjelder på straffeprosessens område, kan tvisteloven § 22-7 trekkes inn som tolkningsmoment for denne regelen. Det er likevel klart at vurderingene kan bli forskjellige på straffeprosessens og sivilprosessens område.

Adgangen til å avskjære bevis kan kanskje være noe utvidet ved at departementet i Ot. prp. 51 (2004-2005) har uttalt at det kan være at beviset er ervervet på en slik måte at retten av den grunn ikke bør tillate det ført. Likevel kan det antas at bevis ervervet på en slik måte også etter den tidligere ulovfestede rett ville blitt avskåret. Dette ser likevel ikke ut, etter mine søk, å ha blitt behandlet i rettspraksis.

I mine drøftelser har jeg ikke funnet sikre holdepunkter for å hevde at vilkårene for å nekte beviset ført er strammet inn. Min konklusjon blir derfor på dette punkt at vilkårene nok ikke er strammet inn.

### **3 Nærmere om "kan"-skjønn**

#### **3.1 Problemstilling**

Denne delen av oppgaven tar for seg "kan"-skjønn og noen relevante momenter for vurderingens andre del.<sup>54</sup> Som forklart i innledningen og i punkt 2.2.2 er det en forutsetning for å vurdere avskjæring av et bevis etter "kan"-skjønn i tvisteloven § 22-7 at grunnvilkåret er oppfylt.

I det følgende vil det redegjøres for noen relevante momenter for "kan"-skjønn. Deretter vil jeg drøfte forskjellige momenter utfra to delproblemstillinger til denne

---

<sup>54</sup> jf. pkt. 1.2

oppgaven, hva slags vurdering en part som har valget mellom å få en sak mangelfullt belyst fra sin egen side eller erverve et bevis på en utilbørlig måte står ovenfor, og i hvilken grad en part før beviservervet finner sted har mulighet til å forutberegne om et utilbørlig ervervet bevis vil bli tillatt ført.

## 3.2 Momenter til "kan"-skjønnnet

### 3.2.1 Tre kategorier av momenter

Som sitatet fra Ot. prp. 51 (2004-2005) s. 459 under pkt. 2.5.2 viser, vil det etter departementets vurdering normalt være "tungtveiende rettssikkerhetshensyn, herunder personvernens hensyn" som tilsier at beviset ikke skal tillates ført. Ifølge departementet, samme sted, må anvendelsen av paragrafen "holdes opp mot målet om å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse". I tillegg kan det, som nevnt tidligere, være at beviset er ervervet på en slik måte at det ikke bør tillates ført, for eksempel ved en alvorlig straffbar handling, ifølge departementet. I Ot. prp. 51 (2004-2005) konkretiseres ikke aktuelle momenter til "kan"-skjønnnet nærmere, men departementet avslutter kommentaren til § 22-7 med for øvrig å vise til Tvistemålsutvalgets kommentarer.

Jeg vil her forsøke å samle noen av de sentrale momentene som er relevante for "kan"-skjønnnet. Storstrøm (2009) har gjort en lignende samling av relevante momenter på side 47-56. Torgersen (2009) gjør rede for krenkelsesspørsmålet spesielt på sidene 136-150 og om interesseavveiningen for øvrig på sidene 150-179. Jeg vil her i stor grad følge samme oppsett som Storstrøm, og vil gjennomgå noen sentrale momenter.

De sentrale momentene vil her, i motsetning til hos Storstrøm, settes opp i tre forskjellige kategorier: Momentene som hovedsakelig taler for at det utilbørlig ervervede beviset blir tillatt ført, og momentene som hovedsakelig taler mot at det utilbørlig ervervede beviset tillates ført, og momenter som kan trekke i begge retninger.



### 3.2.2 Momenter som taler for at det utilbørlig ervervede bevis blir tillatt ført

Etter NOU 2001:32 s. 961 fremheves hensynet til sakens opplysning, og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse som hensyn for å tillate et utilbørlig ervervet bevis ført.

Blant momentene som har betydning for vekten av hensynet til sakens opplysning, er bevisverdien. I NOU 2001:32 nevnes det på side 961 at "om overtredelsen har betydning for bevisverdien" er et moment av betydning for "kan"-skjønnnet. Bevisverdien forstås her som bevisets troverdighet. Dersom et utilbørlig ervervet bevis er troverdig, vil det ha høy bevisverdi, dermed vil også bevisets verdi øke vekten av hensynet til sakens opplysning, og dette vil trekke i retning av å føre et utilbørlig ervervet bevis. Motsatt vil et bevis med lav bevisverdi svekke vekten av hensynet til sakens opplysning, noe som i mindre grad vil trekke i retning av føring av beviset.<sup>55</sup>

Bevisets vekt vil også spille inn som moment i forhold til hensynet til sakens opplysning. Dersom et utilbørlig ervervet bevis er sentralt i en sak, vil dette øke vekten av hensynet til sakens opplysning. Er beviset mindre sentralt, svekkes vekten av hensynet til sakens opplysning. At bevisets vekt har betydning som moment til "kan"-drøftelsen kan tolkes ut av Ot. prp 51 (2004-2005) s. 459, se sitatet i pkt. 3.2.1, og hensynet til sakens opplysning i alminnelighet.

For hensynet til betydningen av å oppnå en materielt riktig avgjørelse, spiller sakens betydning inn som moment. For eksempel kan sakstypen ha betydning for sakens betydning. Blant annet kan det antas at saker der partene har begrenset rådighet, for eksempel Rt. 1997 s. 795 (Lydbånd I), er av stor betydning. Når det gjelder straffesaker, vil utgangspunktet her være at saker som gjelder alvorlige forbrytelser vil være av større betydning enn saker som gjelder mindre alvorlige forbrytelser. At en sak er av stor betydning trekker i retning av å tillate beviset ført.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Se Storstrøm (2009) s. 55 med henvisning til Schei m.fl. (2011) § 22-7 pkt. 4

<sup>56</sup> Storstrøm (2009) s. 55-56

### 3.2.3 Momenter som taler mot at utilbørlig ervervede bevis blir tillatt ført

Som nevnt under pkt. 2.5.1 kan det såkalte "krenkelsesspørsmålet" trekke i retning av at beviset avskjæres dersom det er utilbørlig ervervet. Se nærmere om innholdet i dette, sitater fra rettspraksis og krenkelsesspørsmålets rettskildesituasjon i nevnte punkt.

De preventive hensyn vil også kunne trekke i retning av avskjæring av beviset.<sup>57</sup> Dersom et bevis ervervet på en utilbørlig måte blir avskåret, vil det fremstå som mindre attraktivt for andre i den samme situasjonen senere å erverve et bevis på samme måte. Dette kan tale mot å tillate et utilbørlig ervervet bevis.

Hvor grov krenkelsen som ble påført ved beviservervet er, er et relevant moment for om et bevis bør tillates ført. Er krenkelsen grov, vil dette tale for avskjæring. Motsatt vil en mindre grov krenkelse i mindre grad trekke i retning avskjæring.<sup>58</sup>

### 3.2.4 Momenter som kan trekke i begge retninger

Hensynet til domstolenes anseelse kan både trekke i retning avskjæring, og trekke i retning av å tillate beviset. Dersom domstolen avskjærer et bevis, og en konsekvens av dette er at en avgjørelse blir materielt gal, vil dette kunne virke negativt inn på domstolenes anseelse. Dette trekker i retning av å tillate beviset. På den andre siden vil det kunne virke støtende at domstolen tillater et bevis ført, når det er ervervet på en utilbørlig måte, og gjennom dette "belønner" den utilbørlige måten beviset er ervervet på. Dette taler for avskjæring av beviset.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> NOU 2001:32 s. 961

<sup>58</sup> l.c.

<sup>59</sup> Schei m.fl. (2011) § 22-7 pkt. 4

### 3.3 Det preventive hensyn og "partens dilemma"

Som nevnt over blir det vektlagt om bevisavskjæring av et utilbørlig ervervet bevis kan ha en preventiv virkning, og man forsøker ved bevisavskjæring å forhindre at andre senere vil ty til den samme måten å erverve et bevis på.

Dermed forsøker man å påvirke fremtidige parter måte å erverve bevis på, i fremtidige saker. Jeg går i det videre over til å drøfte problemstillingene nevnt i pkt. 3.1. Det forutsettes at parten har valget mellom å erverve et bevis på en, for parten bevisst, utilbørlig måte, eller å få saken behandlet på et mangelfullt faktisk grunnlag i retten. Valget mellom disse to alternativene vil i resten av denne oppgaven bli omtalt som "partens dilemma".

Hva slags vurdering partens dilemma er kan forsøksvis tilnærmes på flere måter. Kan hende kan dilemmaet minne om et spørsmål om proporsjonalitet - er den utilbørlige måten beviset ervervet på proporsjonal (som et inngrep ovenfor en motpart) med hensynet til å få saken opplyst? Et spørsmål ved dette er om en slik tilnærming til partens dilemma dekker alle sider ved bevisavskjæringsspørsmålet, som vil kunne komme opp i kjølvannet av et utilbørlig beviserverv. Dette behandles blant annet i pkt 3.4.

En annen tenkelig tilnærmelsesmåte til partens dilemma, er å betrakte den aktuelle beviservervsmåten som rettmessig utfra en nødrettsbetraktning. Schei m. fl. hevder at nødrettsbetraktninger kan "trekkes inn og begrunne" at grunnvilkåret for bevisavskjæring foreligger i saker der hensynet til sakens opplysning er særlig tungtveiende.<sup>60</sup> I Rt 1991 s. 616 (Videoopptak I) på side 623 uttaler Høyesterett følgende om nødrettsbetraktninger i forhold til bevisavskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis:

"Jeg har hittil ikke vært inne på om iverksettelsen av videoopptakene i vår sak kan ansees rettmessig ut fra en nødrettsbetraktning. Dette må bero på en avveining av de hensyn som talte for å foreta opptakene, mot de interesser som derved ble krenket, jf prinsippet i straffeloven § 47. Selv om dette spørsmålet rettslig sett er et noe annet enn om et ulovlig innhentet bevis skal tillates ført, må avgjørelsen langt på vei bygges på de samme avveininger, og jeg viser derfor til mine bemerkninger i det følgende"

---

<sup>60</sup> Schei m. fl. (2011) § 22-7 pkt. 5

I kjennelsen går Høyesterett videre med å vurdere om beviset bør avskjæres eller tillates ført etter de ulovfestede regler om avskjæring av utilbørlig eller ulovlig ervervede bevis. Etter mitt syn er det tvilsomt om nødrettsbetraktninger kan få en større rolle i saker der hensynet til sakens opplysning er særlig tungtveiende, når de etter denne kjennelsen etter min forståelse er overflødig i andre saker, grunnet likheten i avveiningene mellom nødrettsbetraktningene og vurderingens andre del.

Nødrettsbetraktninger er dermed ikke noen aktuell tilnærmedes måte til partens dilemma. Når det gjelder å oppfatte partens dilemma som en proporsjonalitetsvurdering, vil det oppstå spørsmål om i hvilken grad denne synsmåten er dekkende for alle sider ved dilemmaet.

En bedre tilnærmedes måte kan være å forsøke å forutberegne sin rettstilling etter reglene om bevisavskjæring for utilbørlig ervervede bevis, som for sivile saker er tvisteloven § 22-7. Reglene for straffesaker er fortsatt ulovfestet. Som fastslått under punkt 2 er tvisteloven § 22-7 riktignok en bestemmelse det kan være vanskelig å sette seg inn i for ikke-jurister og ikke-profesjonelle. I denne oppgaven vil jeg, på tross av dette, forutsette at parten som står ovenfor "partens dilemma" har en god forståelse for innholdet i bevisavskjæringsreglene knyttet til utilbørlig ervervede bevis. Videre vil andre tenkelige rettslige konsekvenser av slike beviserverv holdes utenfor drøftelsen.

I det følgende vil partens dilemma drøftes ut fra tre aktuelle sakstyper, barnefordelingssaker, arbeidsrettssaker og straffesaker. Disse tre sakstypene er valgt fordi de forskjellige forhold ved de enkelte sakstypene kan tenkes å gjøre vurderingen forskjellig fra sakstype til sakstype. Barnefordelingssaker er tatt med fordi de innebærer at rådigheten ikke er fri, med den økte vekten hensynet til sakens opplysning får med dette. Arbeidsrettssakene er tatt med fordi rådigheten for disse sakene er fri. Straffesakene er tatt med fordi det kan tenkes at vurderingen her blir forskjellig fra sivile saker.

Problemstillingen i det følgende er i hvilken grad en part som står ovenfor "partens dilemma" har mulighet til å forutberegne om beviset vil bli tillatt ført eller ikke. Et utgangspunkt jeg tar her, vil være at partens mulighet til å forutberegne om beviset vil bli tillatt ført, vil bedres dersom vurderingen er en ren proporsjonalitetsvurdering. Dette

utgangspunktet tar jeg med den grunn at parten da vil ha mulighet til å vurdere om inngrepet er proporsjonalt med hensynet til å få saken opplyst *før* beviservervet.

### 3.4 Partens dilemma for tre aktuelle sakstyper

#### 3.4.1 Barnefordelingssaker

Blant sakene på sivilprosessens område der bevis altså har blitt avskåret, finnes en også tidligere omtalt kjennelse angående barnefordeling, **Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I)**. Sakens tema innebærer at partenes rådighet er begrenset, og, som Høyesterett slår fast, retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, og det er "av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig".<sup>61</sup> Sakens tema trekker altså i alminnelighet i retning av at det skal mye til for å avskjære et bevis. I denne konkrete saken er det likevel andre hensyn enn hensynet til sakens opplysning som blir utslagsgivende.

Høyesterett uttaler at slike lydopptak som saken omhandler ofte vil være illojale og støtende, og at den annen part - som utgangspunkt - bør ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er muliggjort ved "handlinger av en slik karakter".<sup>62</sup>

Beviservervet er her et alvorlig inngrep i en parts personvern, men også barna har etter Høyesteretts syn krav på beskyttelse mot denne adferden. Dette trekker altså i retning av avskjæring av beviset.

Videre innebærer denne formen for beviserverv en mulighet for å tilrettelegge opptaket fra den parten som erverver et slikt bevis, og dette går ut over bevisverdien. Dette trekker også i retning av avskjæring av beviset. Sammen veier hensynene i denne saken for avskjæring tungt nok til at avskjæring blir resultatet.

Hvor går så grensene for beviserverv ved lydopptak i barnefordelingssaker? Som Høyesterett understreker, er det av stor betydning at slike saker avgjøres på et korrekt

---

<sup>61</sup> Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I) s. 796

<sup>62</sup> l.c.

grunnlag. I tillegg er beviservervet i denne saken ikke straffbart, men ble likevel betegnet som illojalt og støtende, og grunnvilkåret ble ansett for å være oppfylt.

Etter mitt syn kan det ikke utelukkes at et bevis ervervet på en tilsvarende måte kunne blitt tillatt ført i en tilsvarende sak. For parten som ervervet dette beviset er det minst to veier frem til dette målet: En måte å oppnå dette på, vil være å erverve det samme beviset på en mindre illojal og støtende måte. Et eksempel fra rettspraksis her kan hentes i Rt. 2004 s. 1366 (Lydbånd II), der parten som festet den andre forelderens samtale med barna til bånd, ga en generell beskjed om at dette ville bli gjort. Opplysningen om dette gjorde at opptakene ikke kunne anses for å være utilbørlig ervervede bevis.

En annen, mer interessant, åpning for å tillate lydopptaks-bevis er gitt i Rt 1997 s. 795 (Lydbånd I) selv. I forlengelsen av uttalelsene om at det er viktig at saken avgjøres på et korrekt grunnlag, fremholder Høyesterett at det ikke kan "ses bort fra at hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte" at hensynene som er omtalt her må vike.<sup>63</sup> Altså kan tungtveiende personvern hensyn, og forhold ved beviservervet som potensielt kan svekke bevisets verdi, vike dersom opplysningene gitt i et lydbåndopptak gir opplysninger som ikke kan belyses på annen måte. Som det kan leses ut av redegjørelsen over, er også preventive hensyn viktige i saken, man ønsker å motvirke en bestemt form for adferd ovenfor andre foreldre i den samme situasjonen.

Denne kombinasjonen av uttalelser er særlig interessant fordi det her gis uttrykk for at det avgjørende til syvende og sist er beviset selv, og forhold knyttet til dette, og muligheten for å bevise de samme faktiske forhold gjennom andre, tilbørlige midler. Er man i en situasjon der man går til retten, og mener at sin egen sak ikke er godt nok opplyst uten selv å se noen mulighet for å belyse sin sak ved andre enn utilbørlige midler, og derfor går til slike midler for å bedre sin sak, vil det i en slik situasjon egentlig være kun en ting man *ikke* kan kontrollere, og det er hva som til slutt kommer frem av opptaket. I en sak der det er spesielt viktig at retten fatter sin beslutning på et korrekt faktisk grunnlag, vil det dermed kunne være fristende å forholde seg til denne formen for beviserverv på samme måte som en hobbyfisker forholder seg til sin hobby: Det skader ikke å prøve lykken.

---

<sup>63</sup> I.c.

En konsekvens av dette resonnementet er dessverre at de preventive hensyn ikke ivaretas på noen overbevisende måte gjennom tvisteloven § 22-7 i tilfeller der dette dilemmaet virkelig kommer på spissen for en part.

Dette innebærer klart nok ikke at retten i et slikt tilfelle vil gå tilbake på sin karakteristikk av et slikt beviserverv som utilbørlig. Dette kan i seg selv virke paradoksalt. Et bevis, ervervet på en måte rettsordenen i utgangspunktet ikke anerkjenner som tilbørlig, men med det mål å skaffe et nødvendig bevis i en sak der det er spesielt viktig at retten kommer til et riktig resultat, bedømmes uansett om beviset blir tillatt ført som utilbørlig. Beviservervsmåten er altså utilbørlig, men kan på samme tid sies å være nødvendig for sakens opplysning.

Uttalelsene trekker også i retning av at partens dilemma kan ses som en proporsjonalitetsvurdering, fordi det her legges klart til grunn at spørsmålet om bevisavskjæring ved oppfylt grunnvilkår avhenger av hvilket forhold hensynene som gjør seg gjeldende i saken står til hverandre. Dersom opplysningene skaffet på den utilbørlige måte er sentrale i saken, og bidrar til at sakens utfall blir riktig, skal det en grov integritetskrenkelse til for at beviset skal kunne bli avskåret som utilbørlig ervervet. Motsatt vil et utilbørlig ervervet bevis som ikke bidrar til opplysning av saken lettere bli avskåret. Her vil det også kunne oppstå et spørsmål om hvilken bevisavskjæringsregel som skal benyttes, hvis beviset ikke tilfører noe nytt til avgjørelsesgrunnlaget, vil det også potensielt kunne avskjæres etter tvisteloven § 21-7 (2) b.

Et ankepunkt mot å oppfatte vurderingen om et utilbørlig ervervet bevis skal nektes ført som en proporsjonalitetsvurdering kan også utledes av denne avgjørelsen. Det kan hevdes at en slik synsmåte ikke dekker regelen som helhet. Dermed blir også denne synsmåten noe upresis sett i forhold til andre måter å beskrive regelen på. Som eksempel her kan det trekkes frem at bevisverdien vektlegges i vurderingen. Som slått fast over vil bevisverdien av et lydopptak kunne være vanskelig å forutsi før beviset foreligger. Bevisverdien kan samtidig være avgjørende for om beviset blir tillatt ført eller avskåret. Et potensielt avgjørende moment passer dermed ikke inn dersom man oppfatter vurderingen som en proporsjonalitetsvurdering.

### 3.4.2 Kontrolltiltak i arbeidslivet

Blant de fem avgjørelsene i Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg omtalt i denne oppgaven der bevis har blitt avskåret grunnet utilbørlig ervervet bevis, berører tre av disse tvister knyttet til arbeidsforhold. Se pkt 2.3.1 for en grundigere gjennomgang av disse avgjørelsene. Avgjørelsene som vil drøftes her er Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I), Rt 2001 s. 668 (Videoovervåkning II) og Rt. 2004 s. 878 (Videoovervåkning III).

Storstrøm tar i sin masteroppgave for seg kontrolltiltak i arbeidslivet, og bevisavskjæring som konsekvens av urettmessige kontrolltiltak, med klar vekt på tvisteloven § 22-7.<sup>64</sup> I oppgavens del om beviset skal tillates ført eller ikke, tar hun først for seg en rekke relevante momenter for vurderingen, før hun drøfter tre former for bevis eller beviserverv som har vært aktuelle i rettspraksis.<sup>65</sup> De tre særskilte formene for bevis er hemmelige videoopptak, utskrift av e-post og utskrift av datalogger. Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i de samme særskilte formene for bevis som Storstrøm har tatt for seg.

Når det gjelder hemmelige videoopptak, blir spørsmålet om avskjæring som nevnt tidligere behandlet i tre kjennelser i Høyesterett og i kjæremålsutvalget. På flere vesentlige punkter er saksforholdene i kjennelsene identiske: Arbeidsgiver tar hemmelige videoopptak av en arbeidstaker grunnet mistanke til underslag, og videoopptakene ble avskåret som bevis. Slike videoopptak blir oppfattet som alvorlige integritetskrenkelser i disse kjennelsene, og hensynet til sakens opplysning må her vike for hensynet til tungtveiende personvern hensyn. Det legges også vekt på preventive hensyn, for eksempel i Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I), der følgende uttales: "Etter min mening taler vesentlige personvern hensyn for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebragt på denne måte. Ved en slik holdning vil domstolene motvirke denne form for krenkelser."<sup>66</sup>

I de nevnte avgjørelsene blir det ikke uttrykkelig åpnet for at tungtveiende personvern hensyn må vike, slik denne åpningen gis i barnefordelingssaker, dersom bevisverdien eller bevisvekten er stor nok.<sup>67</sup> Vekten legges i kjennelsen mer på sakens

<sup>64</sup> Storstrøm (2009) s. 1-4

<sup>65</sup> Storstrøm (2009) s. 47-62

<sup>66</sup> Rt 1991 s. 616 (Videoovervåkning I) s. 623

<sup>67</sup> Jf. pkt. 3.4.1



karakter og omfang enn bevisverdien eller bevisvekten. I forhold til spørsmålet om partens dilemma kan forstås som en proporsjonalitetsvurdering er dette tankevekkende. Her stilles to hensyn opp mot hverandre, og uttalelsene kan tolkes dithen at dersom sakens karakter og omfang hadde vært alvorligere, ville beviset hypotetisk sett kunne blitt tillatt ført, forutsatt at bevisverdien var stor.

Her kommer altså ikke spørsmålet om bevisverdien opp, og dermed synes vurderingen fra en part før beviservervet i større grad å være sammenlignbar med en proporsjonalitetsvurdering. Er saken alvorlig nok, vil beviset kanskje likevel bli ført, på tross av et alvorlig inngrep i personvern hensyn.

Det kan vanskelig leses ut av de omtalte avgjørelsene at manglende bevisverdi av et videoopptak vil kunne være et tungtveiende moment i forhold til bevisavskjæringsspørsmålet i saker som gjelder avskjedigelse i arbeidsforhold. Forutsettes det motsatte, vil lignende spørsmål knyttet til bevisavskjæringens preventive virkning som diskutert i pkt. 3.3.3 oppstå.

Når det gjelder utskrift av e-post og utskrift av datalogger, er grunnlaget for å komme med klare standpunkter i noe tynnere enn når det gjelder ulovlig videoovervåking. Spørsmålet om arbeidsgivers utskrift av en ansatts e-post skal avskjæres som bevis i en avskjedssak behandles i Rt. 2002 s. 1500, en kjennelse gjort i kjæremålsutvalget. Kjæremålsutvalget behandler spørsmålet om lagmannsretten har tolket personopplysningsloven feil, da lagmannsretten kom til at beviservervet her ikke var i strid med personopplysningsloven, og dermed ikke kunne avskjæres etter den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen for utilbørlig ervervede bevis.

Kjæremålsutvalget kommer til at beviservervet ikke stred mot personopplysningsloven, og at beviset dermed ikke kunne avskjæres. Det legges vekt på at e-posten måtte sies å være virksomhetsrelatert, ikke privat.

Hvordan denne saken hadde stilt seg dersom det omstridte bevis gjalt en privat e-post, kan vanskelig utledes klart av kjennelsen, derfor vil ingen klare konklusjoner trekkes her. Som Storstrøm vil jeg her anta at ulovlig innsyn i e-post vil være en mer alvorlig personvern krenkelse enn en benyttelse av datalogger for å vise hvem en ansatt har sendt e-

post med.<sup>68</sup> Spørsmålet er ikke behandlet i rettspraksis så langt jeg kan se av søkene gjort i forbindelse med denne oppgaven.

Når det gjelder utskrift fra datalogger som bevis, og spørsmål om avskjæring, er rettspraksis også her begrenset i omfang. Blant avgjørelsene som berører dette temaet gjort i Høyesterett er Rt. 2001 s. 1589.<sup>69</sup>

I dommen Rt- 2001 s. 1589 var spørsmålet om oppsigelsen av en konsulent i en IT avdeling var saklig. Konsulenten hadde benyttet firmaets internettlinje til private formål, ved å laste ned et betydelig antall musikkfiler. Bedriften hadde gått inn på arbeidstakerens kontor og tatt utskrift av harddisken på en av hans PC'er. Dette ble ikke sett på som en overtredelse av grensen for arbeidstakerens personvern, og Høyesterett kom til at bedriften ikke kunne være avskåret fra å bruke opplysninger i utskriften i forbindelse med oppsigelsen.<sup>70</sup>

I avgjørelsen ble det slått fast at beviset ikke var skaffet til veie på ved brudd på den ansattes personvern. Dermed er avgjørelsen ikke så aktuell for problemstillingen i denne delen av oppgaven, da denne delen av oppgaven drøfter tilfeller der beviserverver bevisst bryter med tilbørlige former for beviserverv.

Et eksempel på at utskrift fra datalogger har blitt bedømt som utilbørlig ervervet er å finne i underrettspraksis. I Rg 2004 s. 347 (Porno-pc) fremla arbeidsgiver en oversikt over filer innhentet fra en bærbar pc som arbeidsgiver hadde stillet til arbeidstakers disposisjon for arbeidet. Beviset var etter lagmannsrettens syn, som tidligere nevnt fremskaffet i strid med personopplysningsloven, og var derfor ulovlig eller utilbørlig ervervet.<sup>71</sup> Beviset ble likevel tillatt ført som bevis fordi lagmannsretten kom til at hensynet til sakens opplysning her måtte veie tyngre enn hensynet til personvernet. Uten å gå inn på den konkrete bevisbedømmelsen, legger lagmannsretten vekt på at opplysningene kan være relevante og at de "vil kunne [være] av sentral betydning".<sup>72</sup> Med andre ord legges det her en viss vekt på bevisvekten. Dette vil igjen, som drøftet tidligere, kunne ha betydning for

---

<sup>68</sup> Storstrøm (2009) s. 59

<sup>69</sup> Storstrøm (2009) s. 61

<sup>70</sup> Rt. 2001 s. 1589, på side 1599

<sup>71</sup> Jf. pkt. 2.3.1

<sup>72</sup> Siste avsnitt før slutningen i Rg 2004 s. 347

vekten av de preventive hensyn som til dels ligger bak bevisavskjæringsregelen etter tvisteloven § 22-7.

Felles for avgjørelsene som er behandlet her, som er fattet på arbeidsrettens område, er at partene har hatt fri råderett over saken. At partene har fri råderett, innebærer at hensynet til sakens opplysning ikke får den særlige vekt som dette hensynet kan få, for eksempel i barnefordelingssaker. Det kan også hevdes at det, på et noe tynt grunnlag, kan utledes av avgjørelsene som er gjennomgått her, at hensynet til bevisverdien og bevisvekten i vurderingen om et utilbørlig ervervet bevis skal nektes ført, heller ikke får den samme, potensielt avgjørende vekt dette hensynet for eksempel kan få i barnefordelingssaker, der råderetten ikke er fri.

Forutsatt at denne tesen stemmer, vil det være mindre problematisk å vektlegge preventive hensyn for å begrunne bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-7. Det potensielt tungtveiende hensyn til bevisverdien og bevisvekten, og med dette sakens opplysning, vil ikke på samme måte svekke vekten av de preventive hensyn i saker med fri rådighet som i saker uten fri rådighet, for eksempel saker på arbeidsrettens område.

Tesen om at hensynet til bevisverdi ikke på samme måte kan være et avgjørende moment i saker uten fri rådighet kan likevel nyanseres, og kanskje tilbakevises. Dersom et sentralt, kanskje avgjørende bevis er skaffet til veie på en utilbørlig måte, kommer dette spørsmålet på spissen. Slike tilfeller må avgjøres konkret utfra forholdene i den enkelte sak, men generelt kan det slås fast at et sentralt, potensielt avgjørende bevis, også i en sak uten fri rådighet, ikke kan avskjæres etter tvisteloven § 22-7 uten at det utilbørlige beviservervet er gjort ved et grovt overtramp mot noens rettssikkerhet. Her vil hensynet til sakens opplysning veie tungt. Sagt på en annen måte må det et grovt rettsbrudd til for at måten beviset er ervervet på ikke skal være proporsjonalt med hensynet til sakens opplysning.

### 3.4.3 Straffesaker

Som nevnt tidligere bedømmes bevisavskjæring grunnet utilbørlig ervervet bevis etter ulovfestet rett. Tvisteloven § 22-7 gjelder ikke direkte, se pkt. 2.4.1. Problemstillingen i

denne delen er om skillet mellom straffesaker og sivile saker får betydning for muligheten av å forutberegne om et utilbørlig ervervet bevis blir tillatt ført eller ikke.

For straffesakenes del, er det formålstjenelig å skille mellom beviserverv gjort av politi, og beviserverv gjort av privatpersoner. Torgersen drøfter på side 41-50 disiplinering av politiet som begrunnelse for bevisforbud generelt, og konkluderer på side 50 med at "disiplineringshensynet på generelt nivå bør ha større gjennomslagskraft i forhold til politiet enn ovenfor privatpersoner". På sidene 151 - 153 drøfter Torgersen vektleggingen av disiplineringshensynet i rettspraksis. Han kommer til at disiplineringshensynet ser ut til å ha "blitt tillagt større vekt i *sivile* saker og i straffesaker for så vidt gjelder *privates* beviserverv enn i straffesaker med sikte på å disiplinere politiet."<sup>73</sup>

Man tar altså her i større grad sikte på å påvirke beviservervsmåten hos privatpersoner enn hos politiet, ved bevisavskjæring. I forhold til "partens dilemma", vil de øvrige hensyn som vektlegges i forhold til om det utilbørlig ervervede bevis skal tillates ført, bli mer tungtveiende der politiet er beviserverver enn der privatpersoner er beviserverver, grunnet det preventive hensyns svekkede vekt.

Kan hende kan det er påstås at vurderingen om et utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført, ikke varierer så mye mellom prosessformene, som den gjør mellom tilfellene der politiet er beviserverver, og der en privatperson er beviserverver. Påstanden kan ses i sammenheng med Høyesteretts uttalelse i Rt 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør), som er redegjort for i pkt. 2.4.1, der det uttales: "Reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak."<sup>74</sup> Uttalelsen trekker tilsynelatende i retning av at forskjeller mellom prosessformene tilsier at avveiningene kan bli forskjellige. Uttalelsen utelukker likevel ikke at hvem beviserverver er kan ha betydning for hvordan avveiningen blir.

Av dette kan det vanskelig utledes noe klart om "partens dilemma" endres på noen betydelig måte mellom straffeprosess og sivilprosess. Er den aktuelle part privatperson, vil de preventive hensyn også her kunne få vekt. Det kan kanskje heller ikke utelukkes at de preventive hensyn kan få vekt også dersom politiet er beviserverver. Torgersen kommer til at de preventive hensyn, eller disiplineringshensynet, kan tenkes å inngå som et viktig

<sup>73</sup> Torgersen (2009) s. 152

<sup>74</sup> Rt. 2009 s. 1526 (Gjengoppgjør) avsnitt 28

moment der bevisføringen ikke vil kunne innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse der politiet er beviserverver.<sup>75</sup>

For øvrig vil andre momenter, som momentene nevnt i pkt. 3.2 få betydning for vurderingen om utilbørlig ervervede bevis blir tillatt ført. For å forsøke å forutsi hvorvidt beviset vil bli tillatt ført i etterkant av det utilbørlige beviservervet, er det disse momentene man må forsøke å se hen til.

### 3.5 Konklusjon for pkt. 3

Vurderingen som følger av "kan"-skjønnnet etter tvisteloven § 22-7, og den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen for utilbørlig ervervede bevis, er sammensatt. Det er slått fast i rettspraksis at avveiningen kan bli forskjellig mellom de to prosessformene. Kan hende kan vurderingen også sies å bli forskjellig utfra andre forhold, for eksempel om politiet eller en privatperson er beviserverver, eller utfra om partene har fri rådighet eller ikke.

Om partens dilemma kan sammenlignes med en proporsjonalitetsvurdering, varierer også mellom sakstypene. Samlet sett gjør kompleksiteten i bevisavskjæringsreglene knyttet til utilbørlig ervervede bevis det vanskelig for en part å forutberegne om et utilbørlig ervervet bevis kommer til å bli tillatt ført.

Avslutningsvis vil jeg bemerke at de preventive hensyn kanskje likevel blir ivaretatt med reglene, selv om de er komplekse. Usikkerheten knyttet til om beviset etter et utilbørlig erverv vil bli tillatt ført, kan i seg selv tenkes å virke preventivt mot utilbørlige beviserverv.

---

<sup>75</sup> Torgersen (2009) s. 153

## 4 Litteraturliste

### 4.1 Litteratur

Hov, Jo *Innføring i prosess 2*. Oslo, 2010

Mæland, Henry John *Kort prosess: En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*. 2. rev. utg. Bergen, 2009

Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Bergen, 2009.

Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave *Personvern i informasjonssamfunnet*. 2. utg. Bergen, 2011

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning: Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*. Oslo, 2010

Storstrøm, Ina Bjørmo *Bevisavskjæring som konsekvens av urettmessige kontrolltiltak i næringslivet*. Masteroppgave. DUO, 2009. <http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=97331>

Torgersen, Runar *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Oslo, 2009

*Tvisteloven*. Tore Schei...[et al]. Nettutgave. 2011 (siteret fra [www.lovkommentarer.no](http://www.lovkommentarer.no))

## 4.2 Offentlige publikasjoner

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker. Otta 1969

NOU 2001:32 Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven) (sitert fra [www.rechtsdata.no](http://www.rechtsdata.no))

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)  
(sitert fra [www.rechtsdata.no](http://www.rechtsdata.no))

## 4.3 Doms- og kjennelsesregister

### 4.3.1 Høyesterett, Høyesteretts kjæremålsutvalg og Høyesteretts ankeutvalg

Rt 1987 s. 548

Rt. 1991 s. 616

Rt 1992 s. 698

Rt 1996 s. 1114

Rt 1997 s. 795

Rt 1999 s. 1269

Rt 2001 s. 668

Rt 2001 s. 1589

Rt 2002 s. 1500

Rt 2002 s. 1744

Rt 2003 s. 549

Rt 2003 s. 1266

Rt 2004 s. 858

Rt 2004 s. 878

Rt 2004 s. 1366

Rt 2006 s. 582

Rt 2007 s. 920

Rt 2008 s. 1263

Rt 2009 s. 125

Rt 2009 s. 1526

#### 4.3.2 Underrettsavgjørelser

RG 2004 s. 347

RG 2005 s. 998